

رسائل جامعية (٨٧)

الامتياز

في المعاملات المالية

وأحكامه في الفقه الإسلامي

تأليف
د. إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التنم
أستاذ الفقه المساعد ورئيس قسم
الشريعة بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية في الأحساء

دار ابن الجوزي

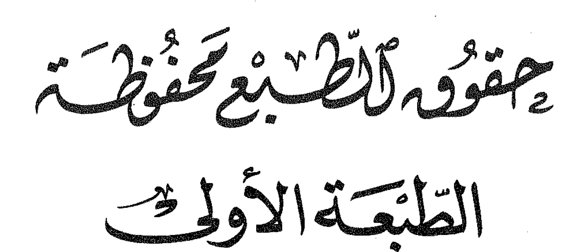


الامتياز

في المعاملات المالية

وأحكامه في الفقه الإسلامي





الطبعة الأولى

١٤٣٠هـ

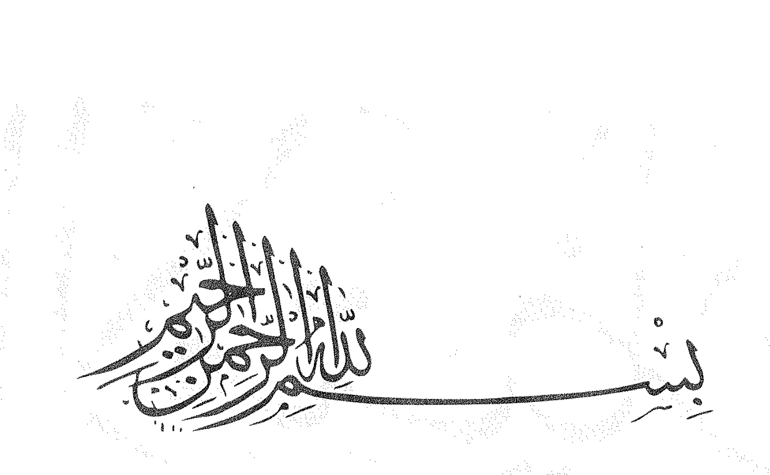


دار ابن الجوزي
للنشر والتوزيع

المملكة العربية السعودية: الدمام - طريق الملك فهد - ت: ٨٤٢٨١٤٦ - ٨٤٦٧٥٩٣، ص ب: ٢٩٨٢ - الرمز البريدي: ٣١٤٦١ - فاكس: ٨٤١٢١٠٠ - الرياض - حي الفلاح - مقابل جامعة الإمام - تلفاكس: ٢١٠٧٢٢٨ - جوّال: ٠٥٠٣٨٥٧٩٨٨ - الإحساء - ت: ٥٨٨٣١٢٢ - جدة - ت: ٦٣٤١٩٧٣ - ٦٨١٣٧٠٦ - الخبر - ت: ٨٩٩٩٣٥٦ - فاكس: ٨٩٩٩٣٥٧ - بيروت - هاتف: ٠٣/٨٦٩٦٠٠ - فاكس: ٠١/٦٤١٨٠١ - القاهرة - ج.م.ع - محمول: ٠١٠٦٨٢٣٧٨٣ - تلفاكس: ٠٢٤٤٣٤٤٩٧٠

البريد الإلكتروني: aljawzi@hotmail.com - www.aljawzi.com





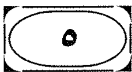
أصل هذا الكتاب رسالة علمية مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه الإسلامي المقارن من كلية الشريعة بالرياض، قسم الفقه، في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

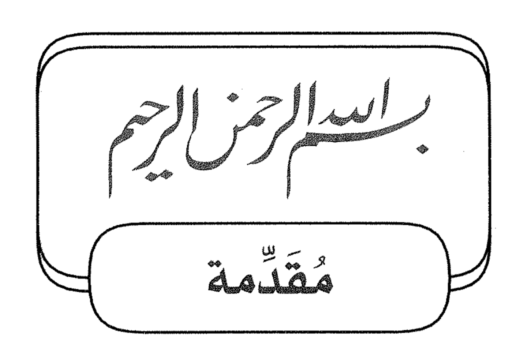
وقد نوقشت الرسالة في يوم الاثنين الموافق ١٤٢٧/١٠/٢٢هـ، وقد تكونت لجنة المناقشة والحكم عليها من أصحاب الفضيلة:

- أ.د. عبد الله بن موسى العمار... مقرراً.
- د. محمد بن إبراهيم السحيباني... مقرراً مساعداً.
- أ.د. عبد العزيز بن زيد الرومي... عضواً.
- أ.د. عبد الله بن محمد الطريقي... عضواً.
- د. عبد العزيز بن علي الغامدي... عضواً.

وبعد مناقشة علنية أوصت اللجنة بـــ:

قبول الرسالة والتوصية بمنح الدرجة العلمية الدكتوراه في الفقه الإسلامي بتقدير عام ممتاز.





الحمدُ لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

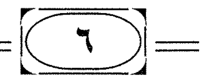
أما بعد:

فقد اتسم عصرنا الحاضر بالتقدم في كل الجوانب الصناعية والاقتصادية والعسكرية والتجارية والثقافية، وكذلك بالتقدم والتطور في الحقوق والملكية والمعاملات بشكل كبير، فظهرت بفضل الله تعالى، ثم بفضل التقدم التقني أنواع كثيرة من الحقوق لم تكن موجودة في السابق، وذلك مثل حقوق الابتكار، والاسم التجاري والصناعي، والعلامة التجارية، والسمعة التجارية، ونحو ذلك، التي لا يقف تقديرها عند حد.

ومن هذه الحقوق الجديدة (**حق الامتياز**)، وهو مصطلح لم يُعرف عند الفقهاء القدامى، ولم يعهد لهم استعمال لهذه الكلمة بغير المدلول اللغوي، وإنما ظهر حديثاً، وتنامى بشكل واسع؛ لحاجة الناس إليه بسبب تشعب الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

ومن الطبيعي أن لا يوجد في كتب الفقهاء القديمة جواب خاص عن جزئيات هذا الحق الموجودة في عصرنا، غير أنهم تحدثوا عن كثير من الحقوق، وعن مسألة الاعتياض عنها حسْب ما كان موجوداً أو متصوَّراً في عصرهم.

وقد كثرت في عصرنا الحقوق المعنوية ذات القيمة المالية التي بات



موضوع اختصاص أصحابها ومدى سلطاتهم عليها محلّ بحث ومناقشة. وقد انتهت كثير من القوانين الوضعية على اختلافٍ بينها إلى تقرير هذا الاختصاص وتحديد سلطات أصحابها عليها، وقد أوجب ذلك ضرورةً تشجيع النشاط الإنساني المبدع بكلّ صوره وحماية مكتسباته، ومنع صور التلاعب والتحايل والاستغلال لجهود الآخرين، وأيّ إثراءٍ غير مشروع على حسابهم.

وكون هذا المصطلح جديداً لا يمنع من اعتباره؛ إذ العبرة بالمحتوى وليس باللفظ والمسمّى، فقد احتوى الفقه الإسلامي مصطلحات متقاربة المعنى للامتياز وثيقة الصلة به، كالاختصاص والاحتكار والتقدم ونحوها ـ يأتي إيضاحها إن شاء الله تعالى ـ كما أن هناك فروعاً كثيرة مبثوثة في كتب الفقهاء، ولها حق أسبقية على غيرها، يمكن أن تكون نظائر لهذا الحقّ يستفاد منها في إثراء هذا الموضوع.

ولما كانت هذه المسألة قد نشأت ضمن تعامل المجتمعات المعاصرة، فقد كانت مسؤولية تنظيمها راجعة إلى نظم وقوانين البلاد التي نشأت فيها، فنظّمها القانون التجاري في البلاد الأوربية منذ مطلع القرن التاسع عشر، ثم انتقل التعامل بالامتياز والاسم التجاري والرخص التجارية ونحو ذلك إلى بعض البلاد الإسلامية في أوائل القرن العشرين على شكل عُرف تجاري استلزم التنظيم ووضع الضوابط، وفي ظل التقصير في تطبيق الشريعة الإسلامية استوردت هذه الدول القوانين الغربية، لتنظيم ما يتعلق بهذا الموضوع من أحوال وأحكام.

وفي ضوء التوجه الإسلامي المعاصر والتلمس والبحث المطرد للتحقق من إسلامية أنشطة الحياة الاقتصادية والماليّة والتجارية وإجرائها وفق أحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها، فقد استوجب ذلك النظر في هذه المستجدات التي أنتجتها الحياة المعاصرة وتعقيداتها المختلفة، ولم يعد من الممكن إغفال ذلك واطّراحه جانباً من دائرة الدراسة والبحث، خاصة وأن هناك كثيراً من العاملين في الحقل التجاري قد طرحوا تساؤلاتهم عنه وعن مدى مشروعيته لأهميته الاقتصادية في مجال نشاطاتهم التجارية.

وبما أن الشريعة الإسلامية شاملة لبيان حكمِ أيٍّ نشاطٍ إنساني؛ إذ لا يخفى أن قواعد الفقه وأُسسه تقبل بكلّ عقد، أو تَصرف، أو تنظيم ماليّ أو إداريّ ما دام لا يتعارض مع نصوص الكتاب والسنة، وقواعدها العامة، وأن الشريعة الغرّاء تجعل كلّ حكمة نافعة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحقّ بها، دون النظر إلى مصدرها أو اسمها، وإنما الأساس معناها ومحتواها، ووسائلها وغاياتها، وما تحققه من مصالح ومنافع.

وإن توثيق هذا الحكم يحتاج إلى أمرين:

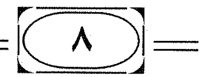
أحدهما: تعريفه وتأصيله من جهة.

والثاني: إثبات إمكان تطبيق هذا التأصيل على فروع المسألة من جهة أخرى، فإذا التقيا وتظافرا تأكد الاطمئنان لسلامة الحكم في أصل المسألة، ولذا كانت هذه الدراسة مبنيّة على بابين رئيسين، **أحدهما**: نظري تأصيلي، **والثاني**: عملي تطبيقي.

وفي الجملة يعتبر الامتياز حقاً داخلاً في الملك؛ لأن محل الملك في الفقه الإسلامي أعم من كونه مادياً أو غير مادي، بل ويدخل في المال، كما أن العرف له دور كبير في القول بماليّة هذا الحق والتصرف فيه.

إضافةً إلى أن السياسة الشرعية جعلت لهذا الحق قيمة مالية، وأن المبادئ العامة والقواعد الشرعية الكلية، وسد الذرائع وغير ذلك تدل على رعاية هذا الحق المستحدث، وأن الناس محتاجون إلى مثل هذه الحقوق، والناظر في شريعة الإسلام السمحة يجد أن الشارع الحكيم قد أباح أمثال هذه الحقوق والعقود ما دامت تحقق لهم مصلحة جليَّةً أو راجحةً، ولربما أضاف إليها قيوداً وضوابط تعين على إدراك تلك المصلحة وتعين على الانتفاع منها.

ولقد يسَّر الله لي ـ بمنِّه وكرمه وفضله ـ سبيل طلب العلم الشرعي، والتدرج في مسالك العلم في هذه الجامعة المباركة ـ جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ـ، فبعد أن أنهيت مرحلة التخصص الماجستير، وفقني الله تعالى لاجتياز الفصل الدراسي لمرحلة الدكتوراه في الفصل الدراسي الأول، لعام ١٤٢١هـ، ثم الاختبار الشامل بنوعيه التحريري والشفهي، وبعدها طفقت

أبحث عن موضوع مناسب أتقدم به للحصول على درجة الدكتوراه، فنظرت في الفهارس العامة للجامعات السعودية وغيرها، واطلعت على البرنامج الحاسوبي الذي أعده مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية حول موضوعات الرسائل العلمية الجامعية المقدمة في مختلف التخصصات كافة.

وبعد النظر الطويل، والتأمل المستمر، وقع اختياري على موضوع (الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي)، فعرضته على بعض مشايخي الكرام، فوافقوا على ذلك، وحثّوني، وحضّوني على سرعة الكتابة فيه، فكان أن شرعت في رسم مخطط عام للموضوع.

أسأل الله تعالى أن يكون موضوعاً جديراً بالقَبول والدراسة، حيث يرى المطلع على أحوال الناس هذه الأيام شيوع ظاهرة الامتيازات في مجالات كثيرة، منها:

- الامتيازات في الديون.
- الامتيازات في إنتاج السلع والخدمات.
- الامتيازات في الأراضي الممنوحة على الطرق.
- امتياز الحملات بمواقع النسك في عرفة ومزدلفة ومنى وغيرها.
- الامتيازات في إعلانات الطرق.
- الامتيازات في العقود: كعقود التوريد والتعدين والتنقيب عن النفط.
- الأسهم الممتازة.
- بطاقات الامتياز.
- عقود امتياز المرافق العامة.

ونحو ذلك من الامتيازات الكثيرة.

■ أهمية الموضوع:

تتبين أهمية هذا الموضوع في نواحي عديدة، منها:

١ ـ أن هذا الموضوع يكتب في وقت برزت فيه ظاهرة الامتيازات، سواءً فيما يتعلق بالعقود أم الديون أم المنافع.

٢ ـ كما أن بحث هذا الموضوع يسد ـ بإذن الله ـ ثغرة في صرح فقهنا الإسلامي، تمس الحاجة إلى سدها، مما يؤكد شمولية هذا الدين في الحكم والتشريع.

٣ ـ كما تتبين أهمية هذا البحث في معرفة الحقوق والواجبات والحدود لكل من كان له تعلق بهذا الموضوع عند الحاجة والاقتضاء، من بيان ما يجوز فيه الامتياز وما لا يجوز فيه، ومن هو الشخص المخول لمنح الامتياز، ومدى المصلحة التي يحققها هذا الامتياز للمسلمين، ونحو ذلك.

وعندما يتحدث أي متحدث عن أهمية البحث في موضوع الامتياز، فإنه لا بد أن يلفت النظر إلى العناية التي أبداها دعاة القانون الوضعي بهذا الموضوع، لكنهم أرسوا البحث فيه في مواطن منه على قواعد الجاهلية، لا الشريعة الربانية.

وأمام ذلك لا يسع المتخصصين في علم الفقه الإسلامي إلا متابعة البحث في أحكام الامتياز فيما يتعلق بإنشائه أو انقضائه أو أحكامه، ومتابعة ما يستحدثه الناس في هذا الباب قبل استفحاله، مع الوصول إلى نتائج مرضية بطريقة سهلة ميسرة، تعين الطالبين للحق الوصول إليه.

■ أسباب اختيار الموضوع:

لقد دعتني أسباب عدة لطرق هذا الموضوع، أهمها ما يأتي:

١ ـ الإسهام في تجلية أحكام هذا الموضوع؛ إذ إن أحكامه متفرقة في عدة أبواب وفنون، فجمع هذه الأحكام، ولَمُّ شتاتها، في بحث مستقل ييسر على الباحث والقارئ الرجوع إليها في وقت يسير، ويجعلها دانية القطوف، مذللة الصعاب، منتظمة في سلك واحد.

٢ ـ مع مسيس الحاجة لبحث هذا الموضوع، فلم أجد ـ في حد علمي واطلاعي القاصرَين ـ بحثاً مستقلاً متكاملاً طرق جميع جزئيات هذا البحث من وجهة النظر الشرعي، بل وجدت مباحثه مبثوثة ومنتشرة في بطون الكتب وفي الواقع العملي عند كثير من الناس، مما يحتاج الأمر فيه إلى جمع صور ما هو منتشر، وبيان الحكم الشرعي فيه.

٣ ـ إن التجار وأصحاب المعاملات المالية إذا لم تتوافر لهم الدراسات والبحوث الشرعية المتعلقة بهذا الموضوع وأمثاله، مما يحتاجون إليه، فإنهم سيلجؤون إلى القوانين الوضعية، والنظريات الغربية، والأعراف الاجتماعية، طلباً للخروج من المشكلات التي يعانون منها.

لذا فهو يحتاج إلى مزيد عناية وتأصيل، يستفيد منه كلٌّ من الباحث والقارئ والتاجر.

■ أهداف الموضوع:

تهدف هذه الدراسة الوصول إلى الأمور الآتية:

١ ـ الاطلاع الواسع والإثراء العلمي في الدراسات الفقهية للقضايا المعاصرة المستجدة في ضوء الشريعة الإسلامية.

٢ ـ معرفة أحكام الشريعة الإسلامية في موضوعات ومسائل الامتياز.

٣ ـ تنقية مسائل الامتياز وجزئياته من كل ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، واقتراح البدائل الشرعية المناسبة.

٤ ـ تزويد المكتبات العامة والخاصة والدوائر الحكومية والمصارف الإسلامية والشركات التجارية، بمؤلفٍ خاص يكون في متناول أيدي المعنيين بالدراسات والبحوث، ويفيد في مناقشة المستجدات في الساحة وعلاجها.

■ الدراسات السابقة:

لم أجد ـ فيما اطلعت عليه ـ دراسة شرعية مستقلة لهذا الموضوع على نحو ما هو مبيَّن في هيكلة الموضوع، بل ما رأيته يمكن أن يصنف إلى قسمين:

• القسم الأول: الدراسات القانونية:

إذ تعنى كتب القانون عند شرحها للقانون المدني بالحقوق العينية التبعية، والذي يدخل ضمن نطاقها موضوع (الامتياز)، ومن أمثلة ذلك:

١ ـ كتاب الوسيط في شرح القانون المدني للدكتور عبد الرزاق بن

أحمد السنهوري، فقد تكلم في المجلد العاشر عن حق الامتياز، واقتصر فيه على بيان الامتيازات المتعلقة بالديون.

٢ ـ كتاب الحقوق العينية التبعية للدكتور محمد وحيد الدين سوار، فقد تكلم فيه عن حق الامتياز على منوال ما ذكره السنهوري في كتابه السابق، وقد خطا فيه الخطوات نفسها.

٣ ـ كتاب أحكام الضمان العيني والشخصي للدكتور السيد عيد نايل، فقد تكلم فيه عن بعض حقوق الامتياز على طريقة القانونيين، إلا أنه ذكر أيضاً بعض المسائل القانونية وما يقابلها في الفقه الإسلامي، ثم عرض لصورٍ من حقوق الامتياز في الأنظمة السعودية كنظام العمل، ونظام التأمينات الاجتماعية، ونظام المحكمة التجارية.

كما تعتني الدراسات القانونية عند شرحها للعقود التجارية بعقد الامتياز التجاري، ومن أمثلة ذلك:

١ ـ عقد الامتياز التجاري ـ دراسة في نقل المعارف الفنية ـ، د. محمد محسن إبراهيم النجار، حيث قسَّم كتابه إلى قسمين؛ تكلم في القسم الأول منه: عن نقل المعرفة الفنية كتعبير عن حدود استقلال طرفي عقد الامتياز التجاري (الفرانشايز)، وتحمل النفقات، وحدود استقلال المتلقي في التزود بعوامل مباشرة النشاط ونقل المخاطرة ونحو ذلك. ثم تكلم في القسم الثاني: عن نقل المعرفة الفنية كمصدر لتبعية المتلقي لمانح (الفرانشايز)، فأوضح تحديد مصالح المتلقي، وحمايته، ثم بيَّن طبيعة حق المانح.

٢ ـ شرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، حيث تكلمت في كتابها عن عقد التوزيع الشامل (عقد الامتياز التجاري)، فأوضحت أن عقد الامتياز قد يصحبه شرط القصر وقد لا يصحبه، ثم ذكرتْ مميزات عقد الامتياز التجاري، والتزامات طرفي العقد، والتزامات المتنازل إليه، ثم ذكرتْ طرق انقضاء العقد.

٣ ـ الأسس العامة للعقود الإدارية ـ دراسة مقارنة ـ، د. سليمان محمد الطماوي، حيث ذكر فيه مما يتعلق بالامتياز امتيازَ المرافق العامة، فبيَّنَ المراد

بذلك، وسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ونهاية عقد الامتياز، ونحو ذلك.

● **القسم الثاني: الأطروحات العلمية:**

حيث رأيت خلال بحثي ثلاث أطروحات مقدمة في المعهد العالي للقضاء، التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية في الرياض، وهي:

١ ـ حصانات وامتيازات الممثلين السياسيين في الفقه الإسلامي والقانون الدولي.

وهي أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه للباحث عبد المجيد بن علي البلوي في قسم السياسة الشرعية، عام: ١٤٢٢هـ.

وبالنظر إلى هذه الرسالة يتبين الفرق بينها وبين ما هو مسطر في رسم الموضوع الذي أتقدم به، حيث إن هذا الموضوع مقصور على امتيازات الممثلين السياسيين فقط، بينما ما قدمته هنا إنما يتعلق بامتياز المعاملات المالية خاصةً، وليس له تعلقٌ بامتيازات الممثلين السياسيين، بل يتناول امتيازات الديون والمنافع والعقود فقط.

٢ ـ حق الامتياز في الديون دراسة مقارنة.

وهي بحث تكميلي، قدمه الباحث: محمد بن سليمان الجريوي في قسم السياسة الشرعية، عام: ١٤١٩هـ، لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير.

وبعد الاطلاع على هذه الرسالة تبين لي اقتصارها على الامتياز في الديون، بينما رسم الموضوع الذي أتقدم به أوسع من هذا بكثير.

٣ ـ ثم اطلعت على رسالة: عقد الامتياز ـ دراسة مقارنة ـ.

وهي بحث تكميلي، تقدم به الباحث: خالد بن محمد الزومان، إلى قسم السياسة الشرعية، عام: ١٤٢٣هـ، لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير.

وبالنظر في هذه الرسالة تبين أن الباحث قد اقتصر في بحثه على بيان عقد الامتياز باعتباره أحد العقود الإدارية، فأوضح ما يتعلق بتعريفه، وطبيعته، ومزاياه وعيوبه، وآثاره، وانتهائه، مع ذكر بعض التطبيقات المجملة في المملكة العربية السعودية.

■ منهج البحث وطريقة السير فيه:

يرتكز المنهج الذي سأسير عليه في إعداد هذا البحث على الأسس الآتية:

١ ـ أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢ ـ إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣ ـ إذا كانت المسألة من مسائل الاختلاف، فأتبع ما يأتي:

أ ـ تحرير محل الخلاف.

ب ـ ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج ـ الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة مع العناية بذكر ما تيسَّر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما، فأسلك بها مسلك التخريج.

د ـ توثيق الأقوال من كتب أهل المذهب نفسه.

هـ ـ استقصاء أدلة الأقوال، مع بيان وجه الدلالة منها، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، وما يجاب به عنها إن كانت.

و ـ الترجيح مع بيان سببه، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤ ـ الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير، والتوثيق، والتخريج، والجمع.

٥ ـ التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٦ ـ العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.



٧ ـ تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٨ ـ العناية بدراسة ما جدَّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

٩ ـ ترقيم الآيات، وبيان سورها.

١٠ ـ تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها ـ إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما ـ فإن كان كذلك، فأكتفي حينئذٍ بتخريجها.

١١ ـ تخريج الآثار من مصادرها الأصيلة ـ ما تيسَّر لي ذلك ـ، والحكم عليها بما يناسبها.

١٢ ـ التعريف بالمصطلحات، وشرح الغريب معتمداً في توثيق ذلك على كتب اللغة المعتمدة.

١٣ ـ العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم.

١٤ ـ ترجمة الأعلام غير المشهورين.

١٥ ـ تكون الخاتمة عبارة عن ملخص للرسالة، يعطي فكرة واضحة عما تضمنته الرسالة، مع إبراز أهم النتائج.

١٦ ـ إتباع الرسالة بالفهارس الفنية المتعارف عليها، وهي:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس الآثار.
- فهرس الكلمات المشروحة.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.

تقسيمات الدراسة:

اقتضت طبيعة البحث تقسيم دراسته إلى:



مقدمة، وتمهيد، وبابين، وخاتمة، على النحو الآتي:

• **المقدمة:**

وقد بينت فيها ما يأتي:

- أهمية الموضوع.
- أسباب اختيار الموضوع.
- أهداف الموضوع.
- الدراسات السابقة.
- منهج البحث وطريقة السير فيه.
- تقسيمات الدراسة.
- واجب الشكر والعرفان.

التمهيد: نشأة حق الامتياز وأهميته.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: نشأة حق الامتياز وصلته بالقانون.

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: نشأة حق الامتياز.

المطلب الثاني: صلة حق الامتياز بالقانون.

المبحث الثاني: أهمية حق الامتياز.

• **الباب الأول: حقيقة حق الامتياز.**

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: تعريف حق الامتياز وأركانه وأسبابه وخصائصه وأقسامه وحكمه:

ويحتوي على ستة مباحث:

المبحث الأول: تعريف حق الامتياز والألفاظ ذات الصلة.

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف حق الامتياز.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة.










الجديد
NEW & EXCLUSIVE



المبحث الأول: الامتياز بإحياء الموات بالتحجير والإقطاع.

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: الامتياز بإحياء الموات بالتحجير.

المطلب الثاني: الامتياز بإحياء الموات بالإقطاع.

المبحث الثاني: الامتياز بالسبق إلى بعض المباحات.

المبحث الثالث: الامتياز بالسبق إلى مقاعد السوق.

المبحث الرابع: الامتياز بالسبق إلى الأوقاف.

المبحث الخامس: امتياز الحَمَلات بمواقع النسك.

المبحث السادس: الامتياز باقتناء الكلاب.

المبحث السابع: الامتياز بالابتكار الذهني.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة على حق الامتياز.

ويشتمل على تسعة مباحث:

المبحث الأول: امتياز أجور المحاماة.

المبحث الثاني: امتياز إنتاج السلع والخدمات.

المبحث الثالث: أسهم الامتياز.

المبحث الرابع: امتياز شركات التنقيب والتعدين.

المبحث الخامس: امتياز الوكالات التجارية.

المبحث السادس: امتياز الإعلانات.

المبحث السابع: امتياز عقد التوريد.

المبحث الثامن: بطاقة الامتياز.

المبحث التاسع: امتياز المرافق العامة.

- **الخاتمة:**

وفيها خلاصة البحث، وأهم النتائج، والمسائل التي تمخَّضت عنها هذه الدراسة.





- **الفهارس العامة:**

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس الآثار.
- فهرس الكلمات المشروحة.
- فهرس الأعلام.
- فهرس المراجع والمصادر.
- فهرس الموضوعات.



واجب الشكر والعرفان

وقبل أن أختم هذه المقدمة، فإنني أحمد الله سبحانه وأشكره، أن وفقني إلى هذا البحث ثم أعانني على إتمامه، فله الحمد أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً، وأسأله سبحانه أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم.

وأرى لزاماً عليَّ في صدر هذا البحث أن أتوجه بالشكر لوالديَّ الكريمين، فقد كان فضلهما عليَّ عظيماً، وهما اللذان غرسا في نفسي محبة العلم وأهله، وقد كان لتشجيعهما ووقوفهما معي دائماً الأثر البالغ في مواصلة مسيرتي العلمية، فلا أملك في هذا المقام إلا أن أرفع أكف الضراعة إلى الله تعالى قائلاً: ﴿رَّبِّ ٱرۡحَمۡهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرٗا﴾ [الإسراء: ٢٤].

كما يطيب لي أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم امتناني لفضيلة شيخيَّ الكريمين المشرفين على هذه الرسالة، فضيلة الدكتور عبد الله بن موسى العمار ـ الأستاذ في كلية الشريعة بالرياض ـ المشرف الرئيس على هذا البحث، وفضيلة الدكتور محمد بن إبراهيم السحيباني ـ الأستاذ المشارك في قسم الاقتصاد والعلوم الإدارية بالرياض ـ المشرف المساعد.

حيث تفضلا مشكورين بقَبول الإشراف على هذه الرسالة ـ رغم كثرة مشاغلهما وأعمالهما العلمية والإدارية والدعوية ـ فقد أحاطاني برعايتهما الكريمة، وأمدَّاني بتوجيهاتهما السديدة، وملحوظاتهما الدقيقة، التي كان لها الأثر الكبير في إنجاز هذا العمل، دون أن يلزماني ـ حفظهما الله ـ برأي خاص، فكانا خير عون لي ـ بعد الله تعالى ـ في سير البحث، وتمامه، حتى يسَّر الله إخراجه على هذه الصورة، فجزاهما الله عني خير الجزاء، وكتب لهما بذلك الأجر، وأجزل لهما المثوبة، ونفع بهما وبعلمهما، وبارك لهما في جهودهما ووقتهما وعملهما، إنه سميع مجيب الدعاء.

كما أشكر كل من تفضَّلَ عليَّ بمدِّ يدِ الأخوة الصادقة في المساعدة على تحصيل مرجع، أو إرشاد إليه، أو إعانة برأي، أو إبداء مشورة، أو غير ذلك.

فجزى الله الجميع على حسن تعاونهم، وكريم أخلاقهم.

كما أتقدم بوافر الشكر لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية التي أتاحت لي ولطلاب العلم الفرصة لإكمال دراستهم، وتيسير الأسباب لهم.

وأخُصُّ كُلِّيَتَي الشريعة في الرياض والأحساء على ما تقومان به من جهد في نشر العلم والمعرفة، والاهتمام بطلاب العلم، ودراستهم، وتحصيلهم.

كما أشكر قسم الفقه في كلية الشريعة بالرياض الذي هيأ لي ـ بعد توفيق الله تعالى ـ هذه الفرصة للإسهام في خدمة العلم الشرعي بهذا الجهد المتواضع.

والله أسال أن يأخذ بيد هذه الجامعة، وكلياتها، وأساتذتها، وطلابها، والقائمين عليها، لتحقيق أهدافها في نشر العلم الشرعي في ربوع العالم أجمع.

وفي الختام:

فهذا العمل عملُ من هو معرَّضٌ للخطأ والصواب ـ فإنني لا أجهل ضعفي وعجزي وقلة علمي ـ لا كمال لغير كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ، ولا عصمة لغير الرسل والأنبياء عليهم السلام، فمن الجائز، بل من الراجح أن تكون هناك هفوة، بل وهفوات، فأعتذر مقدماً عما يكون في هذا العمل من نقص أو خطأ، فهي طبيعة البشر، وصفة الإنسان، وهي حال الدنيا لا يكمل فيها شيء.

وعذري فيما أخطأت فيه، أني بذلت جهدي ـ وهو جهد المقل ـ في إخراج هذا العمل على الوجه الأكمل، وتوخيت له كل وجوه النُّجْح ـ ولا أدعي الكمال ولا القرب منه ـ، وقد كان ذلك قصدي وبغيتي، فإن وفقت إلى تحقيق هذا، فهو من فضل الله وحده، وإن كانت الأخرى فهي من نفسي والشيطان، والله ورسوله منه بريئان.

ولا عدمت أخاً ناصحاً وقف على شيء من ذلك فنبَّهني إليه مشكوراً مأجوراً.

والله أسأل أن يتجاوز عن زللي وخطئي، ويغفر ذنبي، ويغفر لي، ويرحمني، وأن يجعل هذا العمل ذخيرة وقربة، يوم لا ينفع مالٌ ولا خلة، وأن يجعلنا من المتمسكين بهدي الكتاب والسنة، وأن يحشرنا تحت لواء من بُعث بخير ملَّة، وأن يعلي درجاتنا ووالدينا ومشايخنا في غرفات الجنة، اللهم آمين.

وكتبه حامداً مصلياً
إبراهيم بن صالح بن إبراهيم التَّنَم
هاتف جوال/٠٥٠٤٨٥٧٠٢٤
ص.ب ١٧٣٠ الرمز البريدي ٣١٩٨٢ الهفوف
Bosaleh@Maktoob.com
٢٠/١١/١٤٢٦هـ





التمهيد

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: نشأة حق الامتياز وصلته بالقانون.

المبحث الثاني: أهمية حق الامتياز.

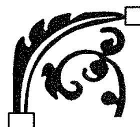



شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE









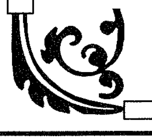
المبحث الأول

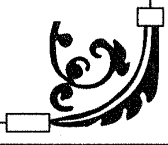
نشأة حق الامتياز وصلته بالقانون

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: نشأة حق الامتياز.

المطلب الثاني: صلة حق الامتياز بالقانون.









المطلب الأول

نشأة حق الامتياز

سوف أبيِّن في هذا المطلب نظام الامتياز في القانون والشرع، سواءً كان متعلقاً بامتياز الديون أم بامتياز العقود، وأتتبعه خلال مراحله وخطواته، والذي يهمني هو عرض تاريخ الامتياز في خطوط عريضة توضح سيره، واتجاهه عبر التاريخ، وعلى هذا سأهتم بالواقع التاريخي للامتياز.

مصطلح الامتياز مصطلح واسع النطاق في النظام القانوني ومتنوع، فهو يشمل وفق التشريعات، والمذاهب المعاصرة، أموراً كثيرة كمنح الألقاب وحق التأميم وحق الإدارة[(١)].

«وإن الطبيعة القانونية للامتيازات ليست متشابهة في أنظمة القوانين المختلفة، كالتي تختص بالخدمات أو الأشغال العامة أو استثمار مصادر الدولة، أو امتيازات الموانئ أو المياه أو الأراضي في المستعمرات مثلاً، وأخيراً امتيازات المناجم، ويبدو أنه من غير الممكن تصنيف كل هذه الامتيازات المختلفة تحت مفهوم عام واحد»[(٢)].

أما نشأة امتياز الديون، فـ«يرجع إلى القانون الروماني، وكان آنذاك يولي

---

(١) انظر ما أفادته هيئة التحكيم في محاولتها تفسير المادة (٢٦٠) من معاهدة فرساي في قضية الدعوى المرفوعة سنة (١٩٢٤م)، من الحكومة الألمانية ضد لجنة التعويضات، في كتاب: القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية) د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، ص٢٧، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط١، ١٩٩٦م).

(٢) هذا ما قاله المحكم في قضية التحكيم بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو، المنظورة في سنة (١٩٥٨م)؛ انظر: المرجع السابق، ص٢٨.

صاحبه مجرد أولوية على غيره من الدائنين العاديين، لا الدائنين المرتهنين. وكانت رتبة الامتياز تحدد بالاستناد إلى صفة الدين، لا إلى تاريخ نشوئه، كما هي الحال في الرهن.

على أن طبيعة حق الامتياز ما لبثت أن تطورت في ظل القانون الفرنسي. وعندما جاء القرن الثامن عشر ارتفع الامتياز إلى مرتبة الحق العيني، وغدا يجعل صاحبه متقدماً، لا على الدائنين العاديين فحسب، بل على الدائنين المرتهنين أيضاً.

وجاءت مجموعة نابليون تعبِّر عن هذا التطور حين نصَّت في المادة (٢٠٩٥) على أن الامتياز: حق تمنحه صفة الدين للدائن في التقدم على غيره من الدائنين حتى المرتهنين منهم»[١].

فـ«القانون الفرنسي القديم قد عرف الامتيازات العقارية الخاصة التي ترد على عقارات معينة مما قربها من التأمينات بالرغم من اختلاف المصدر مع وجود امتيازات ترد على كافة أموال المدين منقولة أم غير منقولة دون أن تولي صاحبها حقاً عينياً»[٢].

هذا ما يتعلق ـ على وجه الإجمال ـ بامتياز الديون.

ثم توسع مفهوم الامتياز مع تطور الزمن، فاستعمل في منح الحصانة ضد القضاء لنوع معين من الرعايا.

وكان أول ظهور له بهذا المعنى، ما فعلته الدولة العثمانية في مرحلة تقديم الامتيازات القانونية للدول الأجنبية، وأول ما بدأ هذا التنظيم بمعاهدة بين الخلافة وفرنسا في سنة (١٥٣٦م)، حيث تقدم الخلافة العثمانية للرعايا

(١) الوسيط في التأمينات العينية لعبد الفتاح عبد الباقي، ف: ٣٦٥، ص٣٣٥، ٣٣٦، (ط١، ١٩٥٦م)؛ والحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ف: ٤٠٥، ص٢٧٧،(عمَّان: مكتبة دار الثقافة، ط بدون، ١٩٩٨م)؛ وانظر: أبحاث في التأمينات العينية للقاضي الدكتور أسعد دياب، ص١٦٧ (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م).

(٢) أبحاث في التأمينات العينية، د. أسعد دياب، ص١٦٧.

الفرنسيين حصانة ضد القضاء العثماني، وتولية القنصل الفرنسي القضاء بين الفرنسيين ومن يخاصمهم. وقد تلاها فيما بعد معاهدات مماثلة مع دول أخرى(١).

أما فكرة الامتياز بمعناها الحالي لم تظهر إلى حيز الوجود إلا في أواخر القرن التاسع عشر(٢).

وهي فكرة أقرتها القوانين الأوروبية، وتبنَّتها في هذا القرن بعض الدول الإسلامية في قوانينها التجارية.

وقد تطور موضوع الامتياز عموماً مع تطور الزمن، بتطور الحاجة إلى اعتماد الامتياز، كأداة قانونية تربط الدولة بأشخاص القانون الخاص(٣)، فقد مرَّ بمراحل متعددة حيث بدأ بامتياز الأشغال العامة، ثم امتياز المرافق العامة، ثم امتياز العقد، ثم الامتياز التنظيمي والتشريعي، ثم الامتياز المزدوج، وإليك مزيد بيانٍ لذلك:

فقد أوضح بعضهم(٤) أن فكرة الامتياز، قد تطورت تطوراً مهماً، عمَّا كانت عليه في الأصل، خلال القرن التاسع عشر؛ وذلك لأن مفهوم المرفق لم يكن معروفاً كما هو اليوم، وكذلك لم تكن نتائج الأخذ بنظرية المرفق العام معروفة لدى علماء القانون الإداري، فلم يكن الامتياز شائعاً ـ في القرن المذكور ـ عن طريق امتياز الأشغال العامة، الذي يتألف من القيام بعمل.

وبقي الحال كذلك إلى نهاية القرن التاسع عشر، حيث تطورت صناعة

---

(١) انظر: نص المعاهدة في (تاريخ الدولة العلية العثمانية) لمحمد فريد بك، ص٢٢٣، ت: د. إحسان حقي، (دار النفائس، ط بدون)؛ والإصلاح التشريعي لعبد العزيز بن محمد القاسم، ص٢٤، مقال في مجلة البيان، العدد: ١٦٢، (لندن: عام ١٤٢٤هـ).

(٢) انظر: القانون التجاري، د. علي حسن يونس، ص٤٤٢ (مصر: دار الحمامي، ط بدون).

(٣) انظر: العقد التجاري الدولي ـ العقود النفطية د. غسان رباح، ص١٤٨، (بيروت: دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨٨م).

(٤) هو: دو لو بادير.

السكة الحديدية، وتوزيع الكهرباء والغاز، فبدأ عندهم مفهوم من مقتضاه أن الامتياز لا يتناول فقط إقامة بناء، أو القيام بعمل، بل يشمل استغلال المرفق العام لمدة، وبشروط محددة تُراعى فيها المصلحة العامة[١].

كما سادت في هذه الفترة، وإلى بداية القرن العشرين، فكرة؛ أن الامتياز هو مجرد عقد، ثم بدأ فقهاء القانون مع مطلع هذا القرن، ينتقدون هذه النظرية، ويثبتون أن عقد الامتياز عند وضع قواعد تنظيم خدمة عامة وتسييرها، إنما تكون له صفة تنظيمية، وتشريعية، وهو يضع قانون الخدمة، فهو في حالةٍ طبيعية تنظيمية، لا تعاقدية.

وبذلك يكون لعقد الامتياز طبيعة مزدوجة نصف عقدية ونصف لائحية[٢]، فهو ضمن الحدود والشروط التعاقدية، إنما يشكل عقداً، وأما فيما يتعلق بالشروط التنظيمية، فهو يشكل ما يسمى بـ«العقد المشروط» أو «العمل المشروط»، ومع هذه الازدواجية يبقى عقد الامتياز بحد ذاته عقداً إدارياً يتوخى مصلحةً عامةً، ومصدره القانوني هو الدستور؛ إذ يعطى بقانون لا بمرسوم أو بقرار[٣].

وهي النتيجة نفسها التي انتهى إليها القانون المصري، استناداً لتوفر شروط العقد الإداري في عقود الامتياز، وهي: وجود الإدارة دائماً طرفاً في العقد، ولاتصاله المباشر بسير المرفق العام، وتضمنه شروطاً غير مألوفةٍ في العقود المدنية[٤].

---

(١) انظر: القانون الإداري لزهدي يكن، ص٧٢٢، (بيروت: سنة ١٩٦٦م).
(٢) انظر: القانون الإداري، ماجد راغب الحلو، ص٤٢٤، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٣م).
(٣) انظر: القانون الإداري لزهدي يكن، ص٧٢٢؛ والعقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص١٤٨؛ والعقد الإداري، د. محمود حلمي، ص١٥٤، ١٥٥، (مطبعة دار الفكر، ط٢، سنة ١٩٧٠م)؛ وعقد الامتياز ـ دراسة تأصيلية للعقود النفطية (دراسة مقارنة) د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ص١٢٥، ١٢٦، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥، السنة الرابعة عشرة (الرياض: ١٤٢٤هـ).
(٤) انظر: دراسات في نظرية العقد الإداري، د. عزيزة الشريف، ص٧٦، (القاهرة: =



لهذه الصلة الوثيقة بين المرفق العام، وعقد الامتياز، كان هذا الأخير أول العقود التي نصَّ عليها واضع القانون المصري على اختصاص محكمة القضاء الإداري المصرية بالنظر في المنازعات المتعلقة بها[١].

كما تعتبر عقود الامتياز التجارية «نظاماً جديداً لتسويق البضائع والخدمات، وأول ما نشأت هذه العقود داخل الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثَم بدأ استخدامها من قبل الشركات الأمريكية على النطاق الدولي»[٢].

كما أن هناك أنواعاً أخرى من الأعمال قد منحت حق الامتياز المبكر كما في نظام امتيازات الطباعة حيث «ترتب على تطور الطباعة في أوروبا في القرن الخامس عشر أن أدرك الحكام أهمية وخطورة الآثار التي ترتبت على طباعة الكتب؛ إذ رأوا في المطبعة أداة قوية وخطيرة لها تأثيرها السياسي والاجتماعي الذي يهدد سلطانهم، فبدأوا يوجهون اهتمامهم إلى كيفية الرقابة والسيطرة على إنتاج المطابع. . . . وبادر بعض الحكام إلى منح الامتيازات الخاصة بمطبوعات معينة إلى أصحاب مطابع معينةٍ، فظهر بذلك نظام امتيازات الطباعة كوسيلة للسيطرة على المطابع وضبط المطبوعات التي تنتجها هذه المطابع. . . .

وهكذا أصبح نظام امتيازات الطباعة في نهاية القرن الخامس عشر وسيلة لاحتكار نسخ مصنفات معينة، ووسيلة لحمايتها في نفس الوقت، ولا سيما

= مطبعة جامعة القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١م)؛ وعقود البوت B.O.T وتكييفها القانوني، للمستشار محمود محمد فهمي، ص٧٠ ـ ٧١، بحث ضمن كتاب: مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم، (أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ط بدون، ٢٠٠١م).

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. محمد سليمان الطماوي، ص٨٩ ـ ٩٠، (مصر: مطبعة دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٤م).

(٢) المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د. صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، ص٤٣ (الرياض: مركز البحوث والدراسات الإدارية في معهد الإدارة، ١٤١٨هـ)؛ وانظر: عقود التجارة الدولية في نقل التكنولوجيا، د. محمود الكيلاني، ص١٣، (جامعة القاهرة: ١٩٨٨م).

بعد صدور العديد من المراسيم الخاصة بمنح الامتيازات الخاصة بطبع بعض المصنفات كما جرى في بعض دول أوروبا مثل فرنسا وإنجلترا»[١].

إلا أن نظام الامتيازات الاحتكارية الخاص بالطباعة واجه معارضة شديدة في معظم دول أوروبا مع مطلع القرن السابع عشر من قبل أصحاب المطابع وباعة الكتب الذين تضرروا من هذا النظام، الذين استندوا في الدفاع عن حقوقهم إلى نظرية الملكية الفكرية التي بدأت تأخذ معالم محددة. . . وكان من أبرز ممثلي هذا الاتجاه المعارض لنظام الامتيازات الجمعية المسماة بـ«جمعية القرطاسيين» التي ظهرت في بريطانيا في مطلع القرن السابع عشر التي تركزت مطالبها على إيجاد نوع من الحماية لحقوق المؤلفين[٢].

فتبين بهذا العرض تميز الفترة من نهاية القرن الخامس عشر إلى بداية القرن التاسع عشر بصدور المراسيم المَلَكية بإعطاء الامتيازات.

وقد نتجت ظاهرة الامتيازات في أول أمرها في محاولة لصد ما يسمى بالقرصنة الفكرية أو السطو على المؤلفات.

هذه لمحة تاريخية عن حق الامتياز في القانون.

• نشأة حق الامتياز في الفقه الإسلامي:

أما «الشرع الإسلامي فلم يعرف حق الامتياز كحق عيني»[٣]، ولكنه عرف أنواعاً شبيهةً بالامتيازات المعاصرة، فقد عَرَفت الأمة الإسلامية

---

(١) المبادئ الأولية لحق المؤلف، ص١٣، منشورات منظمة اليونسكو باللغة العربية، عام ١٩٨١م؛ وانظر: حق المؤلف ـ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ـ، د. نواف كنعان، ص٢٠، (الرياض: مطابع الفرزدق التجارية، ١٩٨٧م).

(٢) انظر: المبادئ الأولية لحق المؤلف، ص١٤، منشورات منظمة اليونسكو باللغة العربية؛ وانظر: حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي لحسين بن معلوي الشهراني، ص٣٣٢ ـ ٣٣٤، (الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥هـ)؛ والوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق بن أحمد السنهوري ٨/ ٤٤٩، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٠م).

(٣) أبحاث في التأمينات العينية للقاضي الدكتور أسعد دياب، ص١٦٧.

الامتيازات منذ عصورها الأولى، وقد كانت امتيازات لرد الحقوق أو إدراكها بعينها كما في قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره»[(١)]، «فهذا نوع من الامتياز، وهو وإن كان لا يسترد الثمن، بل عين ما باع، إلا أنه امتياز على كل حال، بل قد يكون خيراً من استرداد الثمن، وذلك في حال ارتفاع الأسعار مثلاً»[(٢)].

كما كانت هناك امتيازات لإحياء أراض خالية لا مالك لها، أو للتنقيب عن المعادن الباطنة واستغلالها مثل: الذهب والفضة والحديد والرصاص والنحاس، وكانت الامتيازات تشمل أيضاً المعادن الظاهرة كالنفط والكبريت والماء[(٣)].

وقد تطرق شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله[(٤)] إلى عقد الامتياز، وأنه إذا حصل فيه ضرر، فإن ولي الأمر يتدخل لإلزام الباعة بقيمة المثل، وأيضاً لو لم يتمكن صاحب الامتياز من توفير السلعة، فإنه حينئذٍ يفسح المجال لغيره لتوفيرها للناس؛ لئلا يدخل عليهم الضيق.

---

(١) يأتي تخريجه في ص١١٠.

(٢) الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية، د. محمد سليمان الأشقر، ص٣٤٢، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤ ـ ٧ ذي القعدة ١٤١٠هـ/٢٨ ـ ٣١ مايو/أيار ١٩٩٠م، (الكويت: الرمز للدعاية والإعلان، ط١، ١٤١٣هـ).

(٣) انظر: القانون والسيادة وامتيازات النفط، د. أحمد السعيدان، ص٣٥ ـ ٣٥.

(٤) هو: أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحراني الدمشقي الحنبلي، تقي الدين، أبو العباس ابن تيمية، ولد في حرَّان سنة (٦٦١هـ) وعني بالحديث وعلله وفقهه وفي علم الكلام، وكان من بحور العلم، سارت بتصانيفه الركبان، ومنها: درء تعارض العقل والنقل، والصارم المسلول، وغيرها، مات سجيناً في قلعة دمشق سنة (٧٢٨هـ).
انظر ترجمته في: تذكرة الحفاظ للذهبي ٤/١٤٩٦، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ والمقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لإبراهيم بن محمد بن مفلح (١/١٣٢)، ت: د. عبد الرحمن العثيمين (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م)؛ وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لعبد الحي بن أحمد بن العماد ٨/١٤٢، ت: محمود الأرناؤوط، (دمشق: دار ابن كثير، ط١، ١٤١٣هـ = ١٩٩٣م).

يقول شيخ الإسلام رَحِمَهُ اللهُ بعد أن تطرق للاحتكار: «وأبلغ من هذا أن يكون الناس قد التزموا أن لا يبيع الطعام أو غيره إلا أناس معروفون، لا تباع تلك السلع إلا لهم، ثم يبيعونها هم، فلو باع غيرهم ذلك منع، إما ظلماً لوظيفة تؤخذ من البائع، أو غير ظلم، لما في ذلك من الفساد، فهنا يجب التسعير عليهم بحيث لا يبيعون إلا بقيمة المثل، ولا يشترون أموال الناس إلا بقيمة المثل، بلا تردد في ذلك عند أحد من العلماء...»(١).

كما أن هناك أنواعاً أخرى من المصطلحات الفقهية تدل على منح امتيازات خاصة كالإقطاع، والحِمى، والسلب، والتحجير، وإليك إلماعة سريعة عن هذه الامتيازات.

فقد نصَّ الفقهاء على صحة إقطاع الإمام الأرض الموات لبعض الرعية، فيختص به وحده ويصير أولى بإحيائه ممن لم يسبق إليه(٢).

كما نصُّوا على صحة الحِمى، وذلك بتخصيص جزء من الأرض الموات التي لا يملكها أحد لمصلحة عامة، كأن تكون مرعى لخيل الجهاد وإبل الصدقة(٣).

وقد حمى الرسول ﷺ النقيع في المدينة(٤).

---

(١) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٨/ ٧٧. جمع وترتيب: عبد الرحمن بن قاسم النجدي وابنه محمد (الرياض: دار عالم الكتب، ط بدون، ١٤١٢هـ).

(٢) وهذا مذهب الجمهور عدا المالكية، أن الموات لا يملك بالإقطاع، بل يكون أحق به إذا أحياه؛ انظر: حاشية ابن عابدين لمحمد أمين بن عمر ٣/ ٢٦٥، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م)؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد أحمد عرفة ٤/ ٦١ (بيروت: دار الفكر، ط بدون)؛ ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لمحمد بن أحمد الرملي ٥/ ٣٤١، (بيروت: دار الفكر، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ = ١٩٨٤م)؛ والمغني لعبد الله بن أحمد بن قدامة ٥/ ١٥٣، ت: د. عبد الله التركي وَ د. عبد الفتاح الحلو، (القاهرة: مطبعة هجر، ط١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م).

(٣) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام بن داود العبادي ١/ ٣٠٠، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م).

(٤) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٢/ ١٥٥، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط بدون)؛ =



فبالحمى تصبح الأرض لها امتياز لجماعة المسلمين، ومنفعتها مصروفة لهم، فالحمى نقل الأرض من الإباحة إلى الملكية العامة؛ لتبقى موقوفة لمصلحة المسلمين[١].

ويلاحظ أن الشريعة قد أعطت حق الحماية من الأرض الموات للحاكم فقط، وذلك بقوله ﷺ: «لا حمى إلا لله ورسوله»[٢]. ومعنى ذلك: أنه يمنع أي فرد من امتياز شيء من المنافع العامة لنفسه؛ ليختص به اختصاصاً دائماً[٣].

وكذا نص الفقهاء على صحة السَّلَب ـ وهو ثياب المقتول وسلاحه الذي معه، ودابته التي ركبها بما عليها، وما كان معه من مال ـ أخذاً من قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً، له عليه بينة، فله سلبه»[٤].

وعندئذ من يقتل عدواً يستحق أسلابه، ولو لم يكن ممن سمعوا مقالة الإمام وقت التنفيل[٥].

= وأخرجه أبو عبيد في «الأموال» برقم: ٧٤٠، ت: محمد خليل هراس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م)؛ وعنه حميد بن زنجويه في الأموال برقم: ١١٠٥، ت: شاكر ذيب فياض، (الرياض: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات والإسلامية، ط١، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م)؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: إحياء الموات، باب: ما جاء في الحمى ٦/١٤٦، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤١٣هـ = ١٩٩٢م)؛ وصححه الشيخ أحمد شاكر في تحقيقه للمسند برقم: ٥٦٥٥، (مصر: دار المعارف، ط بدون).

(١) انظر: الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي، د. محمد فاروق النبهان، ص٢١٣، رسالة دكتوراه قدمت إلى كلية دار العلوم جامعة القاهرة، مطبوعة على الآلة الكاتبة ١٣٨٨هـ = ١٩٦٨م.

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الجهاد، باب: أهل الدار يبيتون، فيصاب الولدان والذراري، برقم: ٣٠١٢.

(٣) انظر: المغني ٨/ ١٦٥.

(٤) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب ومن قتل قتيلاً فله سلبه من غير أن يخمس، وحكم الإمام فيه، برقم: ٣١٤١؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: الجهاد والسير، باب: استحقاق القاتل سلب القتيل، برقم: ١٧٥١.

(٥) هذا مذهب الحنفية والمالكية: أن السلب لا يكون إلا بإذن الإمام، وحينئذٍ يكون =

وكذا التحجير لأرض ووضع علامة تدل عليه، فذلك لا يفيد الملك ـ على رأي جمهور الفقهاء[1] ـ بل يجعل صاحبه أحق به من غيره.

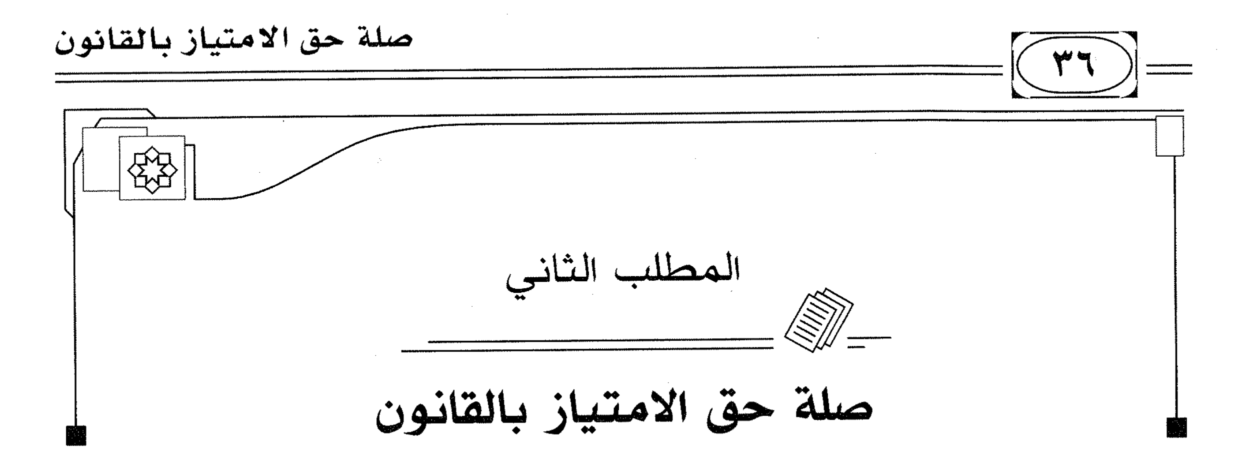
وهذا كله نوع أولوية وأسبقية للممنوح له هذا الحق، وهو حق امتياز في الشريعة بمعناه العام الواسع.

= القاتل أحق بسلب المقتول من غيره، أما الشافعية والحنابلة فجعلوا استحقاق القاتل سلب المقتول في كل حال بدون إذن الإمام.

انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان بن علي الزيلعي ٤/٢٥٨، (القاهرة: مطابع الفاروق، ط ٢، بدون)؛ والفروق لأحمد بن إدريس القرافي ٣/٧، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون)؛ ومغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب ٣/٩٩، (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط بدون، ١٣٧٧هـ = ١٩٥٨م)؛ والمغني ٨/١٥٣.

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/٣٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٧٠؛ ومغني المحتاج ٤/٣٦٦؛ والمغني ٨/١٥١.





المطلب الثاني

صلة حق الامتياز بالقانون

يَعتبر القانون الامتياز من جملة الحقوق، وأن هذه هي طبيعته، ولذا رتب القانون عليه ما يترتب على سائر الحقوق في الجملة، وأعطى صاحبه حق الملك والاستئثار به، ومنع الآخرين من الاعتداء على هذه الملكية بأي صورة من صور الاعتداء.

ولعله من المناسب البدء بتعريف الحق، وأقسامه عند القانونيين حتى يعرف موقع الامتياز من هذه الحقوق.

أولاً: تعريف الحق:

تباينت تعريفات القانونيين للحق واختلفت تبعاً لاختلاف محل الحق المعرَّف.

فعرَّفه بعضهم بأنه: «قدرة أو سلطة إرادية، يخولها القانون لشخص معين»[١].

وعرَّفه بعضهم بأنه: «ثبوت قيمة معينة لشخصٍ بمقتضى القانون»[٢]، فيكون لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها له القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية.

وعرَّفه بعضهم بخصوص المعاملات بأنه: «مصلحة ذات قيمة مالية يقرها القانون للفرد»[٣].

---

(١) الملكية في الشريعة الإسلامية، د. عبد السلام العبادي ١/ ١٢٢.

(٢) حق الملكية، د. عبد المنعم الصدة، ص٤، (مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، ط٣، ١٩٦٧م).

(٣) الوسيط، د. عبد الرزاق السنهوري ١/ ١٠٣.



وعرَّفه بعضهم بأنه اختصاص فقط بالمعنى العام فقال: «الحق هو اختصاص يقرر به الشرع سلطةً أو تكليفاً»(١).

وذلك كحق الولي في التصرف على من تحت ولايته؛ فإنه سلطة لشخص على شخص، وحق البائع في طلب الثمن من المشتري، فإنه تكليف على الثاني لمصلحة الأول، وكحق الوارث في ملكية أعيان التركة الموروثة، وحق الإنسان في منفعة العقار الموصى له بمنفعته، فإنهما سلطة لشخص على شيء(٢).

ثانياً: أقسام الحق:

يقسم رجال القانون الحقوق إلى قسمين:

ـ حقوق سياسية وأخرى مدنية:

أما **الحقوق السياسية**: فهي الحقوق المتقررة للأفراد باعتبار دورهم في النظام السياسي في الدولة كحق الانتخاب، والترشيح، وحق تولي الوظائف العامة.

وأما **الحقوق المدنية**: فهي المصالح المتقررة للأفراد بصفة مباشرة، حماية لحرياتهم، ولتمكينهم من مزاولة نشاطهم المدني في الجماعة.

وهذه الحقوق تنقسم إلى: حقوق عامة، وحقوق خاصة:

أما الحقوق العامة: فهي المتعلقة بكرامة الإنسان وسلامة جسده وحرمة مسكنه، وحقه في التملك والتنقل ونحو ذلك.

وأما الحقوق الخاصة: فهي التي تنشأ نتيجة العلاقات والروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع:

وهذه تنقسم إلى: حقوق الأسرة، وهذه تنظمها قوانين الأحوال الشخصية.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، ص١٩، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ = ١٩٩٩م).

(٢) انظر: المصدر نفسه، ص١٩ ـ ٢٢.



والحقوق المالية: وهي التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود.

وقد قُسِمَت هذه الحقوق إلى: حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق معنوية أو ذهنية.

أما الحق العيني: فهو سلطة لشخص تَنْصَبُّ مباشرة على شيء ما مادي معين، كحق الملكية، ومن ثم يستطيع صاحبه أن يباشره دون واسطةِ شخصٍ آخر.

فهذا الحق ينطوي على عنصرين: صاحب الحق، ومحل الحق.

أما الحق الشخصي أو (الالتزام): فهو حق يتمثل في رابطةٍ قانونية بين شخصين بمقتضاها يقوم أحدهما وهو المدين قِبَلَ الآخر وهو الدائن بأداء مالي معين، كحق مشتري العقار قِبَل الذي يلتزم بنقل الملكية، وكحق المستأجر قِبَل المؤجر الذي يلتزم بالتمكين من الانتفاع بالعين المؤجرة[(١)].

وهذه التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي تفرقةٌ أساسية في القانون المدني.

وأما الحق المعنوي[(٢)]: فهو سلطة على شيء معنوي غير مادي يكون ثمرة فكر صاحب الحق أو نشاطه[(٣)] كالأفكار والمخترعات.

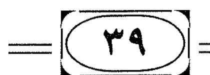
---

(١) انظر: الوسيط، د. السنهوري ٨/٨.

(٢) والمعنوي: نسبة إلى المعنى، وهو لغةً: ما يدل عليه اللفظ، وجمعه: معانٍ، والمعاني: ما للإنسان من الصفات المحمودة، والمعنوي خلاف المادي، وخلاف الذاتي (محدثتان)، وهذا المعنى الأخير هو المقصود، فالحقوق المعنوية يعني: الحقوق غير المادية.

انظر: القاموس المحيط، لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، مادة «حق»، ص١١٢٩، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م)؛ والمعجم الوسيط، قام بإخراجه إبراهيم أنيس وآخرون، مادة «حق» ١/ ١٨٧، (إستانبول: المكتبة الإسلامية، ط بدون)؛ والحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة والتصرف فيها وزكاتها، د. علي محيي الدين علي القره داغي، ص٣٩٧، ٣٩٨، وهو بحث ضمن كتاب: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٢هـ = ٢٠٠١م).

(٣) انظر: حق الملكية، د. الصدة، ص٤٠، وما بعدها، والمعاملات المالية المعاصرة =



وتنقسم الحقوق العينية إلى: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية.

فالحقوق العينية الأصلية: هي التي تقوم بذاتها مستقلةً بحيث لا تستند في وجودها إلى حق آخر تتبعه. وتشمل: حق الملكية، والحقوق المتفرعة عن الملكية، وحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الحكر، وحقوق الارتفاق.

أما الحقوق العينية التبعية فهي: التي لا توجد مستقلة، وإنما تكون تابعةً لحق شخصي تضمن الوفاء به. وتشمل: الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، وحق الاختصاص، وحق الامتياز(١).

ففقهاء القانون يدرجون حق الامتياز في الحقوق العينية التبعية، أو التأمينات العينية، أو حقوق التوثيق، ويعنون به حق الامتياز في الديون خاصة.

كما أنهم يذكرون عقود الامتياز في العقود الإدارية، وكذا يتحدثون عن عقود الامتياز التجارية (الفرانشايز) عند حديثهم عن عقود التجارة الدولية.

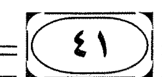
= في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص٥٠، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٦هـ = ١٩٩٦م).

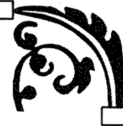
(١) انظر: حق الملكية، د. الصدة، ص٤ وما بعدها؛ والحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري) إعداد: د. عجيل جاسم النشمي، العدد: الخامس/ ٣/ ٢٢٨١ ـ ٢٢٨٣، وهو بحث في مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ط ١٤٠٩هـ = ١٩٨٨م؛ والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي لمحمد بن معجوز، ص٢١، ٢٢، ٥٦، (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ط٢، ١٤١٩هـ = ١٩٩٩م)؛ ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ٢/ ٦٩٢، ٦٩٣، (المدينة النبوية: مكتبة العلوم والحكم، ط٢، ١٤٢٢هـ = ٢٠٠١م)؛ ودراسة شرعية لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، لأحمد بن ناصر بن سعيد، ص٦٥، (مكة المكرمة: مكتبة سالم، ط١، ١٤٢٢هـ = ٢٠٠١م)؛ والاسم التجاري ـ دراسة مقارنة ـ، إعداد: عبد الكريم بن محارب الزامل، ص١٣٩ ـ ١٤٧، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ مقدم لنيل درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

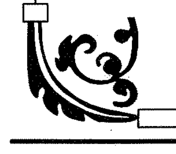
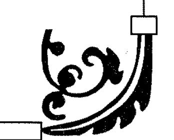




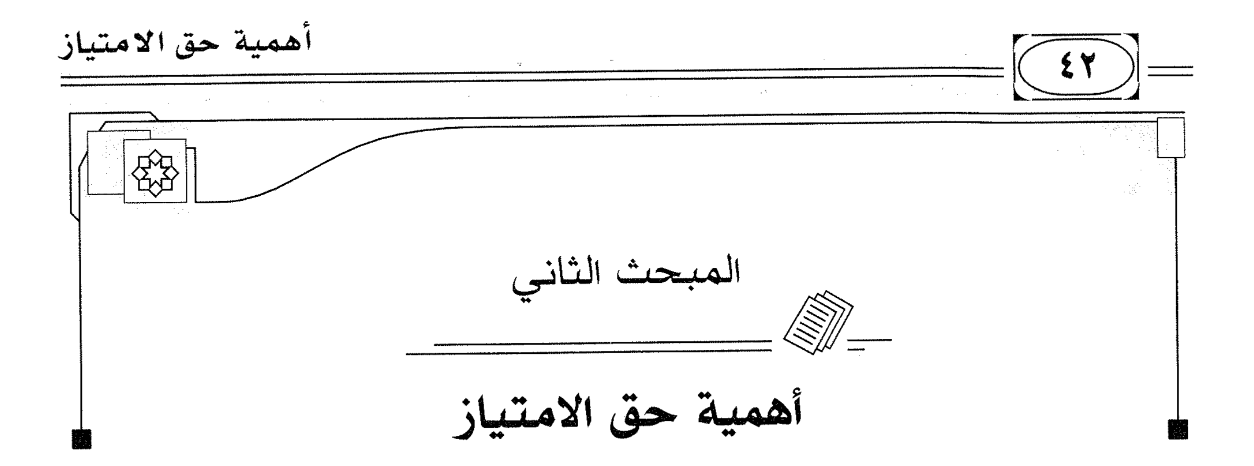



المبحث الثاني

أهمية حق الامتياز





المبحث الثاني

أهمية حق الامتياز

يُعَدُّ حق الامتياز من الحقوق المهمة والمنتشرة في أنحاء العالم كله؛ لأنه يرتبط بحاجة الإنسان وبمدى التقدم العلمي والتقني في حياة الأمم والشعوب، وأصبح موضوع الامتياز محور اهتمام عالمي ملحوظ في الفترة الأخيرة. وقد اتجه كثير من دول العالم اليوم على اختلاف مشاربها وتوجهاتها السياسية والاقتصادية إلى منح هذا الحق، وذلك إما لتحقيق أكبر قدر من الكفاءة، أو للتقليل من المشروعات الخاسرة، أو لدوافع أخرى(١).

وهذا النوع من الحقوق لم يكن معروفاً ـ بمعناه الحالي ـ في الشرائع القديمة؛ لأنه وليد العوامل والوسائل المدنية والاقتصادية الحديثة(٢)؛ إذ إن المسائل الاقتصادية وما يتعلق بها، تشغل حيزاً كبيراً من التفكير البشري في هذا العصر، فتُقدم هنا وهناك نظريات ومذاهب اقتصادية مختلفة، لذا كان من الحزم والعزم الصادق وضع الحلول السليمة المستمدة من الشريعة الكاملة لمشكلة من أكبر المشكلات في عصرنا الراهن.

كما أن موضوع الامتياز قد نال حظاً وافراً من اهتمام الدراسات القانونية والاقتصادية، ولكنه لم ينل حظه الوافر من الدراسات الشرعية الإسلامية.

فكان لا بد أن تقوم دراسة مستفيضة عميقة لموضوع الامتياز، تستجمع جوانبه وطبيعته وقيوده ووظيفته وأنواعه وأهم تطبيقاته.

---

(١) انظر: الخصخصة ـ تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية ـ لمحمد صبري ابن أوانج، ص١١، ١٢، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ = ٢٠٠٠م).

(٢) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص٣١.



والقصد من إقرار هذا الحق للمخترع، إنما هو تشجيع الاختراع والإبداع والتميز؛ كي يعلم من يبذل جهده فيه أنه سيختص باستثماره، وسيكون محمياً من الذين يحاولون أن يأخذوا ثمرة ابتكاره وتفكيره ويزاحموه في استغلاله.

وفي الشرع الإسلامي متسعٌ لهذا التدبير تخريجاً على قواعد عدة، منها: قاعدة المصالح المرسلة في ميدان الحقوق الخاصة(١)، ومنها: قاعدة العرف، ونحو ذلك.

وتعود فائدة الاختصاص بحق الامتياز التجاري إلى جهتين اثنتين:

الجهة الأولى: مانح الامتياز، وتمثل الفائدة التي ينالها في مزيد من الإقبال إلى بضاعته، ومن نتائج ذلك تحقق المزيد من أرباحه وفاعليته التجارية.

الجهة الثانية: المستفيد، وتتمثل فائدته في تيسير الطريق أمامه إلى الوصول لما قد يبحث عنه من الجودة والإتقان(٢).

لقد أصبح حق الامتياز في العصر الحديث ذا أثر اقتصادي له وزنه في المحيط التجاري؛ لأنه تفشى بين الناس خاصةً في الدول والأقطار التي تعتني بجَودة الإيراد والتصدير للبضائع والمصنوعات.

والوظيفة الأساسية التي يؤديها هذا الامتياز، هي تمييز السلع أو الخدمات التابعة لشركةٍ معينةٍ عن سلع أو خدمات غيرها، وهي بذلك تحدِّد المصدر وتشير بطريقةٍ غير مباشرةٍ إلى الجودة والسمعة.

كما تبرز أهمية حق الامتياز في أنواعه المختلفة كنظام الامتياز التجاري (الفرانشايز)، وذلك من خلال، الترويج لإقامة وتمويل مشروعات صغيرةٍ ناجحةٍ بنظام حقوق الامتياز التي تثري تشكيلة السلع والخدمات، واستقطاب كبار الشركات الدولية مانحة حقوق الامتياز التجاري للمشروعات الصغيرة إلى

(١) انظر: المصدر نفسه، ص٣١.

(٢) انظر: الحقوق المعنوية ـ حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما، د. محمد سعيد رمضان البوطي، العدد: الخامس/٣/٢٤٠٩، بحث في مجلة المجمع الفقهي؛ والمعاملات المالية المعاصرة د. وهبة الزحيلي، ص٥٨١، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٢م).

الأسواق، وإعداد وتأهيل منتجين ناجحين للتحول إلى مانحين لحقوق الامتياز التجاري لمشروعات صغيرة ناجحة في الداخل أو تصدير حقوق الامتياز للخارج، وتقديم الدعم والمشورة الفنية والإدارية والقانونية للمشروعات الصغيرة التي ترغب في العمل بنظام حقوق الامتياز التجاري[١].

كما تتبين أهمية حق الامتياز في الديون في «أن ترتيب الحقوق إذا تزاحمت في محلٍ واحدٍ يؤدي إلى قطع النزاع والبغضاء، وحق الامتياز يكفل هذا الترتيب.

كما أن تقديم الديون التي لها حق امتياز فيه تطبيق للعدل؛ لعدم تساوي هذه الديون مع غيرها في الصفات التي استوجبتها، واختلاف الاعتبارات التي تضمنتها»[٢].

وتطور مفهوم هذا الحق حتى صار في النصف الثاني من القرن العشرين حقاً ذا مفهوم دولي[٣].

كما تبرز أهمية حق الامتياز من الدولة بأنه شرع للمصلحة التي تعود على الأمة الإسلامية عموماً وعلى الإسلام ذاته بالخير، وذلك بأن يكون صاحب الامتياز أهلاً للامتياز، إما لما يقدم للإسلام من خدمة أو ما يدفع عنه من ضرر، ولا يجوز منح الامتياز لمن ليس أهلاً، أو لم يقم به على الوجه الصحيح، أو أنه لم يقدم نفعاً عاماً للدولة المسلمة.

كما أن منح الامتياز من الدولة لأشخاص حقيقيين أو اعتباريين سوف

---

(١) انظر: وحدة الفرانشايز، ص٢، مقال في موقع www.Sedo.org في الشبكة العنكبوتية الإنترنت، بواسطة الرابط جوجل. تاريخ زيارة الموقع ١١/ ١٢/ ٢٠٠٤م.

(٢) حق الامتياز في الديون ـ دراسة مقارنة ـ، إعداد: محمد بن سليمان الجريوي، ص٢، وهو بحث ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض، عام: ١٤١٩هـ.

(٣) انظر: حق الإبداع أو الابتكار، د. وهبة الزحيلي، ص٥٨١، وهو بحث ضمن كتابه: المعاملات المالية المعاصرة.



يساهم «بشكلٍ مباشر في ارتفاع معدلات النمو الاقتصادي، ورفع مستوى الخدمات، وزيادة الكفاءة، ورفع إنتاجية القوى العاملة في البلاد، وتقليل التزامات الدولة المالية، وتوزيع الثروة الوطنية بشكلٍ أفضل من السابق، وخلق فرص للعمل، وتنمية مجالات التدريب، ونقل التكنولوجيا، وكسب الاستثمار الخارجي»[(١)].

كما ترجع «أهمية عقد الامتياز إلى أنه يخول فرداً أو شركةً الحلول محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله، وغالباً ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار الفعلي أو القانوني، ويجب إخضاع الملتزم للقواعد الضابطة لسير المرفق العام، مثل قاعدة: مساواة الأفراد في الانتفاع بخدمات المرفق العام، وقاعدة: انتظام سيره، وقاعدة: وجوب مسايرته للحاجات المستجدة»[(٢)].

ومما يزيد في الحاجة إلى العناية بحق الامتياز ظهور المؤسسات الاقتصادية التي تعمل بأموال ضخمة، وتسعى لتشغيل هذه الأموال في النشاطات التجارية المتداولة، وتسعى لابتكار نشاطات جديدة تستوعب هذه الأموال الضخمة، وتريح أصحابها من عناء المنافسة في النشاطات المعروفة.

والله أعلم.

---

(١) الخصخصة لأوانج، ص٩٧، ٩٨.

(٢) مقدمة في العقود الإدارية، لمطلب بن عبد الله النفيسة، ص٥، بحث في مجلة معهد الإدارة العامة (الرياض: معهد الإدارة العامة، العدد الخامس، رمضان، عام ١٣٨٦هـ).


شبكة
الألوكة
www.alukah.net

الجديد
و
الطريف
NEW & EXCLUSIVE



الباب الأول

حقيقة حق الامتياز

ويشتمل على فصلين:

الفصل الأول: تعريف حق الامتياز وأركانه وأسبابه وخصائصه وأقسامه وحكمه.

الفصل الثاني: مقتضى حق الامتياز وانقضاؤه.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





الفصل الأول

تعريف حق الامتياز
وأركانه وأسبابه وخصائصه وأقسامه وحكمه

ويحتوي على ستة مباحث:

المبحث الأول: تعريف حق الامتياز والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: أركان حق الامتياز.

المبحث الثالث: أسباب حق الامتياز.

المبحث الرابع: خصائص حق الامتياز.

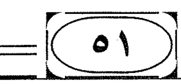
المبحث الخامس: أقسام حق الامتياز.

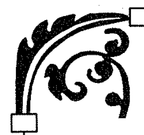
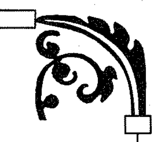
المبحث السادس: حكم حق الامتياز.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





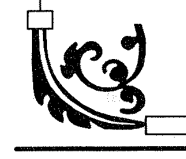
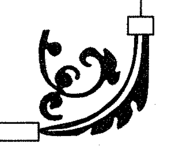
المبحث الأول

تعريف حق الامتياز والألفاظ ذات الصلة

ويحتوي على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف حق الامتياز.

المطلب الثاني: الألفاظ ذات الصلة.





المطلب الأول

تعريف حق الامتياز

أولاً: تعريف حق الامتياز في اللغة:

تقدم تعريف الحق[(١)]، وأما الامتياز فأصل اشتقاقه من «الميز»، و«الميم والياء والزاي أصل صحيح يدل على تزَيُّلِ شيءٍ من شيءٍ وتزييله، وميَّزته تمييزاً ومِزته ميزاً، وامتازوا: تميز بعضهم من بعض، ويكاد يتميز غيظاً؛ أي: يتقطع، وانماز الشيء: انفصل عن الشيء»[(٢)].

والميز والتمييز: الفصل بين المتشابهات، يقال: مازه يميزه ميزاً وميَّزه تمييزاً، قال تعالى: ﴿لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلْخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ﴾ [الأنفال: ٣٧].

والتمييز يقال: تارة للفصل، وتارة للقوة التي في الدماغ، وبها تستنبط المعاني.

ويقال: انماز وامتاز، قال تعالى: ﴿وَٱمْتَٰزُوا۟ ٱلْيَوْمَ أَيُّهَا ٱلْمُجْرِمُونَ ﴿٥٩﴾﴾ [يس: ٥٩]، وتميز كذا مطاوعُ ماز؛ أي: انفصل وانقطع، قال تعالى: ﴿تَكَادُ تَمَيَّزُ مِنَ ٱلْغَيْظِ﴾ [الملك: ٨][(٣)]. ومزت الشيء أميزه مَيزاً: عزلته وفرزته[(٤)].

---

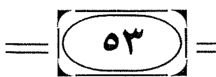
(١) انظر: ص٣٦.

(٢) معجم مقاييس اللغة لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مادة: «ميز» ٥/٢٨٩، ت: عبد السلام محمد هارون، (بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ = ١٩٩١م).

(٣) انظر: المفردات في غريب القرآن لأبي القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، مادة: «ميز»، ص٤٧٨، ت: محمد سيد كيلاني، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

(٤) انظر: الصحاح لإسماعيل بن حماد الجوهري، مادة: «ميز» ٣/٨٩٧، ت: أحمد عبد الغفور عطار، (بيروت: دار العلم للملايين، ط٣، ١٤٠٤هـ = ١٩٨٤م)؛ =





«وتميز القوم وامتازوا: صاروا في ناحيةٍ... واستماز عن الشيء: تباعد منه... وماز الرجل إذا انتقل من مكانٍ إلى مكانٍ... ويقال: مِزتُ الشيء من الشيء إذا فرقتَ بينهما فانماز وامتاز، وميَّزتهُ فتميز...»[(١)].

«مزته ميزاً من باب باع، عزلته وفصلته من غيره، والتثقيل للمبالغة، وذلك يكون في المشتبهات نحو: ﴿لِيَمِيزَ ٱللَّهُ ٱلْخَبِيثَ مِنَ ٱلطَّيِّبِ﴾ [الأنفال: ٣٧]، وفي المختلطات نحو: ﴿وَٱمْتَٰزُوا۟ ٱلْيَوْمَ أَيُّهَا ٱلْمُجْرِمُونَ ﴿٥٩﴾﴾ [يس: ٥٩]، وتميز الشيء: انفصل عن غيره. والفقهاء يقولون: (سن التمييز)، والمراد سنٌّ إذا انتهى إليها عرَف مضاره ومنافعه، وكأنه مأخوذٌ من ميزت الأشياء إذا فرَّقتها بعد المعرفة بها...»[(٢)].

والميز: الرفعة... وتميز القوم وامتازوا: صاروا في ناحيةٍ، وقيل: انفردوا.. والتمايز: التحزب والتنافس... وماز الأذى عن الطريق: نحاه وأزاله، وانماز عن مصلَّاه: تحوَّل عنه[(٣)].

وماز فلاناً عليه: فضَّله عليه... وامتاز الشيء: بدا فضله على مثله...[(٤)].

وبإمعان النظر في هذه المعاني اللغوية المختلفة يتبين أن كلمة الميز تدور على معانٍ عديدةٍ، منها: التزيل، والتقطع، والانفصال، والعزل، والفرز، والتباعد، والتفضيل، والرفعة، والتحزب، والانفراد، والقوة، وغيرها.

= ولسان العرب لمحمد بن مكرم بن منظور، مادة: «ميز» ٧/٤٣٠٧، (دار المعارف، ط بدون).

(١) لسان العرب، مادة: «ميز» ٧/٤٣٠٧؛ والقاموس المحيط، مادة: «ميز»، ص٦٧٦.

(٢) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد الفيومي، مادة: «مِزتُه» ٢/٥٨٧، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ والقاموس المحيط، مادَة: «ميز»، ص٦٧٦.

(٣) انظر: تاج العروس من جواهر القاموس لمحمد مرتضى الزبيدي، مادة: «ميز» ٨/١٣٥ ـ ١٥٤، ت: علي شيري، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٤هـ = ١٩٩٤م).

(٤) انظر: المعجم الوسيط، مادة: «ماز» ٢/٨٩٣.



ولعل أقرب المعاني المقصودة بموضوع الدراسة (الامتياز) معاني التفضيل والرفعة والانفراد.

وهذه المعاني مرعية في الامتياز بالمعنى الفقهي والقانوني؛ لأن صاحب الحق الممتاز مفضل على غيره، وقد مكنه القانون فأعطاه مزيد قوة حتى صار مميزاً عن غيره[١]؛ إذ إن المعنى العام للامتياز يدور على ذلك الحق الذي فضِّل على الحقوق الأخرى لاعتبارات مختلفة، فانفرد عنها بمنزلة التقدم والأولوية والأسبقية.

ثانياً: تعريف الامتياز في الاصطلاح:

(لا يعهد للفقهاء استعمال لهذه الكلمة بغير المدلول اللغوي)[٢]. أما في الاصطلاح القانوني الحديث، فالتعريفات للامتياز متباينة ومتنوعة؛ إذ الطبيعة القانونية للامتياز ليست متشابهة في أنظمة القوانين المتعددة[٣]، بل هي متفاوتةٌ، وهناك تعريفات كثيرة متناثرة في بطون كتب القوانين المختلفة، فمنهم من عرَّفه باعتبار المعنى العام بأنه أولويةٌ أو حق تصرف، ومنهم من عرَّفه باعتبار نوع معين محدد، فقصر التعريف على امتياز الديون مثلاً، أو امتياز العقود والاتفاقيات كامتياز الوكالات التجارية وامتياز المرافق العامة ونحوهما، أو امتياز التمثيل السياسي.

ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

أولاً: تعريف من عرَّفه باعتبار المعنى العام:

الامتياز هو: «مصلحة مستحقةٌ شرعاً تمكِّن صاحبها من استيفاء حقه قبل

---

(١) انظر: الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية، د. عبد الله محمد عبد الله، ص٢٩٩، وهو بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي.

(٢) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ص٨٠، (الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٣، ١٤١٥هـ = ١٩٩٥م)؛ وانظر: أبحاث في التأمينات العينية للقاضي الدكتور أسعد دياب، ص١٦٧.

(٣) انظر: القانون والسيادة وامتيازات النفط، د. أحمد السعيدان، ص٢٨.



غيره من أصحاب الحقوق»(١).

أو أن «الامتياز في حقيقته جعل حق التصرف لشخصٍ أو هيئةٍ في الاتجار أو الإنتاج لنوعٍ من أنواع اقتصاديات البلد، أو في منطقةٍ معينةٍ يمارس فيها العمل ويكون له الحق في منع غيره من مشاركته في نفس عمله»(٢).

كما يطلق الامتياز «على حق خاص أو إذن بتشغيل أو استئجار مشروع معين تقوم به حكومة أو شركة خاصةٍ، كامتياز تمنحه الحكومة لشركة التنقيب عن البترول في أراضيها واستخراجه.

كما يطلق أيضاً على حق تمنحه الحكومة أو شركةٍ إلى شخص ـ معنوي أو اعتباري ـ للقيام بخدمة من خدمات المنافع العامة أو لمزاولة عمل ذي طبيعة عامة، ويكون للدولة الحق في التدقيق في أوجه استخدام الامتياز حرصاً على مراعاة أحكام الاتفاق الذي منح بموجبه الامتياز»(٣).

ثانياً: تعريف من عرَّفه باعتبار نوعٍ معين:

ولذلك أمثلة:

أ ـ امتياز الديون:

عرَّف القانون الفرنسي حق امتياز الديون بأنه: «صفة دين تعطي للدائن حق أفضلية تقديمه على غيره حتى الراهنين»(٤).

---

(١) حق امتياز الديون للباحث محمد الجريوي، ص١٤.
(٢) ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، د. محمد بن علي السميح، ص١٧٣، (ط١، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م)؛ وانظر: القانون والسيادة وامتيازات النفط، ص٢٧، فقد نقل تعريفات عامة عن الامتياز بمعناه العام عن بعض رجال القانون الغربي.
(٣) معجم مصطلحات الاقتصاد والمال وإدارة الأعمال، للمحامي نبيه غطاس، ص١٢٤، (مكتبة لبنان، ط١، ١٩٨٠م)؛ وانظر: معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية لعلي بن محمد الجمعة ص٨٦، (الرياض: مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م)؛ ومعجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد، ص٨٠؛ ومعجم مصطلحات الإدارة لإبراهيم بدر شهاب ص٦٤، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٨هـ = ١٩٩٨م).
(٤) القانون الفرنسي. نقلاً عن المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع =



وفي التقنينات المدنية العربية[١]:

جاء في التقنين المصري (م١١٣٠)، والتقنين السوري (م١١٠٩)، والتقنين الليبي (م١١٣٤) أن امتياز الديون: «أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته».

ومن ذلك التعريف يمكن استخلاص ما يأتي على ضوء ما جاء في المذكرات الإيضاحية لها، ومن خلاصة ما جاء في كتابات الشراح:

أولاً: إن المقنن قد عرّف الامتياز بأنه أولوية، وعلى ذلك فجوهر الامتياز هو الأفضلية التي يُهيئها للدائن.

ثانياً: إن القانون هو الذي يقضي بتقديم بعض الحقوق وجعلها حقوقاً ممتازة، ويعين مرتبة الامتياز، فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون، ومن ثم لا يجوز للطرفين أن ينشئا امتيازاً بإرادتهما في غير الحالات التي يقررها القانون، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الدَّين ممتازاً إذا كان القانون لا يجعله كذلك، وهذا ما يميز الامتياز عن غيره من التأمينات العينية.

ثالثاً: قرر المقنن أن هذه الأولوية التي يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينةٍ في الدين المضمون ومصدره، فالحق هو الممتاز لا الدائن، فيقدم الحق الممتاز على سائر الحقوق الأخرى.

كما أن المقنن لم يذكر في هذا التعريف بأن حق الامتياز **حق عيني** على خلاف ما فعله بالنسبة للرهن الرسمي (م١٠٣٠) وحق الاختصاص (م١٠٩٥) والرهن الحيازي (م١٠٩٦) حتى لا يقطع برأي في الخلاف الفقهي حول طبيعة بعض حقوق الامتياز، وبصفةٍ خاصة حقوق الامتياز العامة.

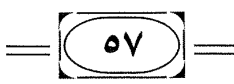
كما أن المقنن لم يذكر في التعريف **حق التتبع**، وذلك لأن من بين حقوق الامتياز ما لا يعطي صاحبه حق التتبع، وهذه هي حقوق الامتياز العامة.

= الإسلامي لسيد عبد الله علي حسن ٣/١٠٧٦، ت: د. محمد أحمد سراج وَ د. علي جمعة محمد، (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠١م).

(١) انظر: الوسيط د. السنهوري ١٠/٩١٨.







وأخيراً لم يشر التعريف إلى **محل الامتياز**، وذلك أن من حقوق الامتياز ما يقع على جميع أموال المدين بدون تخصيص، ومنها ما يقع على منقول معين أو عقار معين.

وهذا الحق إما امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار.

مثال ذلك: امتياز ديون النفقة والديون المستحقة للأجراء.

وإما أن يكون امتيازاً خاصاً يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً.

مثال ذلك: امتياز بائع العقار، وامتياز المقاولين والمهندسين، وامتياز بائع المنقول، وامتياز مؤجر العقار[1].

وجاء في التقنين العراقي (م١٣٦١) أن «الامتياز أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين»، وفي التقنين المغربي (م١٢٤٣) أن الامتياز «حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظراً لسبب الدين»[2].

وعَرَّفت (م١٤٢٤) من القانون المدني الأردني حق الامتياز بأنه: «حق عيني تابع يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه، مراعاة لصفته، ويقرر بنص القانون»[3].

كما عُرِّف بأنه: «حق عيني يخوِّل صاحبه سلطة مباشرة يقررها القانون لأصحاب الديون الممتازة، مراعاة منه لصفات ديونهم»[4].

---

(١) انظر: النظرية العامة للقانون ـ القاعدة القانونية، الحق ـ د. مصطفى الجمال وَ د. نبيل إبراهيم سعد، ص٤٧٦، ٤٧٧، (بيروت: منشورات الحلبي، ط١، ٢٠٠٢م)؛ والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص٤٩١؛ والامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية، د. عبد الله محمد عبد الله، ص٣٠٠، ٣٠١.

(٢) الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص٤٩١.

(٣) الحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ص٢٨٣.

(٤) المصدر نفسه.



وعرفه بعضهم بأنه: «هو سلطة يقررها النظام لدائن معين مراعاة لصفة حق تخوله أن يستوفي هذا الحق من مال معين أو من مجموع أموال مدينه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الضمانات العينية التالين له في المرتبة»[(١)].

وجاء في قرار الندوة الثانية لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤ ـ ٧ ذي القعدة ١٤١٠هـ ٢٨ ـ ٣١ مايو/أيار ١٩٩٠م[(٢)]، أن الامتياز: «هو كون الحق مستحق التقديم على سائر الحقوق في مال المدين»، لا ينشأ بالاتفاق عليه بين الدائن والمدين، وإنما ينشأ إذا وجد سببه المعتبر شرعاً.

كما عُرِّفَ الدين الممتاز بأنه: «الدين الذي يستحق التقديم على غيره عند الوفاء لسبب شرعي»[(٣)].

ب ـ امتياز العقود والاتفاقيات:

عُرِّف عقد الامتياز أو الالتزام بأنه: «عقدٌ الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصاديةٍ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترةً معينة من الزمن»[(٤)].

---

(١) الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية د. السيد عيد نايل، ص١٤٣، (الرياض: مطابع جامعة الملك سعود، ط٢، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م)؛ وانظر: التأمينات العينية ـ دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز ـ للقاضي حسين عبد اللطيف حمدان، ص٦١٠، ف: ٣٩٥، (ط١، ١٩٨٠م).

(٢) أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، ص٥١٣؛ وانظر: الامتيازات الاتفاقية على الديون د. محمد سليمان الأشقر ١/١٧٦، وهو بحث ضمن (بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة) لمجموعة من الفقهاء، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٨هـ = ١٩٩٨م).

(٣) حق امتياز الديون للباحث محمد الجريوي، ص١٥.

(٤) (م ٦٦٧) من القانون المدني الليبي في تعريف عقد التزام المرافق العامة؛ انظر: العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، د. مازن ليلو راضي، ص٥١، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ط بدون، ٢٠٠٢م).



كما عرِّف أيضاً بأنه: «عقد إداري يتولى الملتزم ـ فرداً كان أو شركة ـ بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز»[(١)].

وعرِّف القانون الفرنسي عقد الامتياز بأنه: «عقد تمنح بموجبه الدولة الجهة صاحبة السيادة لشخص ما، إمكانية من أجل استثمار مرفق عام، أو مؤسسة لها صفة النفع العام»[(٢)].

وهناك امتيازات في الأسواق المالية تسمى الخيارات ـ هي في حقيقتها عقود مالية ـ تتنوع إلى امتياز البيع، وامتياز الشراء، والامتياز المختلط الذي يجمع بين البيع والشراء.

«أما امتياز البيع: فهو عقد يعطي لمن يحصل عليه (مشتري العقد) الحق في تسليم مصدره (بائع العقد) عدد معين من الأسهم خلال فترة معينةٍ مقابل سعر معين.

وأما امتياز الشراء: فهو عقد يعطي لحامله (مشتريه) الحق في استلام عدد من الأسهم من مصدر العقد (بائعه) خلال فترةٍ معينةٍ ومقابل سعر معين.

أما الامتيازات المختلطة: فهي العقود التي تحتوي على امتياز بيع أو أكثر مقرون بامتياز شراء أو أكثر»[(٣)].

---

(١) الأسس العامة للعقود الإدارية ـ دراسة مقارنة ـ د. سليمان محمد الطماوي، ص٩٦، (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، ط٤، ١٩٨٤م)؛ وانظر: العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن، ص٥١؛ والعقود الإدارية ـ دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات ـ لأنس جعفر، ص٦٥، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ٢٠٠٢م).

(٢) العقد التجاري الدولي ـ العقود النفطية ـ د. غسان رباح، ص١٤٨ ـ ١٤٩، نقلاً عن طو ريكان.

(٣) الأسواق المالية في ضوء مبادئ الإسلام، د. معبد علي الجارحي ١/ ١٢٢، وهو بحث ضمن كتاب: الإدارة المالية في الإسلام، (الأردن: مؤسسة آل البيت، ط بدون، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م).

كما يطلق الامتياز على بعض العقود المعاصرة، ومن ذلك:

ـ امتياز التوريد في التجارة، إذ يطلق ذلك على «اتفاقية بين مورِّد وموزع ـ بالجملة والمفرق ـ يعطي بموجبها الأول للثاني الحق في التصرف بمنتجاته وفقاً لشروط محددةٍ متفق عليها فيما بينهم»(١).

ـ امتياز استيراد السلع (الوكالات التجارية)، وهو «أن تختص شركة معينة، أو أشخاص معينون باستيراد سلعةٍ معينةٍ، لا يسمح لغيرهم ببيعها، وذلك في مقابل مالٍ يدفعه هؤلاء ـ غالباً ـ للشركة المصدرة، وللدولة التي يقيمون فيها»(٢).

ـ عقد الامتياز التجاري: «هو عقد أو اتفاق يضع بموجبه تاجر يسمى صاحب الامتياز مشروعه الخاص بالتوزيع في خدمة صاحب مصنع أو تاجر آخر يسمى مانح الامتياز، والقيام على وجه القصر بتوزيع المنتجات التي منح احتكار بيعها خلال فترة محددة في منطقة معينة تحت إشراف مانح الامتياز»(٣).

فأهم ما يميز (عقد الامتياز التجاري): أن التاجر صاحب الامتياز يقوم بشراء المنتجات التي يقوم ببيعها من المنتج مانح الامتياز، وبيعها لحسابه الخاص، وانفراد هذا التاجر باحتكار بيع هذه المنتجات في منطقته مقابل انضمامه إلى شبكة أصحاب الامتياز التابعة لمانح الامتياز، وأداؤه لدوره فيها بشكل متناسق مع الخطط والترتيبات الشاملة(٤).

---

(١) معجم مصطلحات الاقتصاد لنبيه غطاس، ص١٢٤.

(٢) منظمة التجارة العالمية ـ دراسة مقارنة ـ إعداد: عبد الرحمن بن علي الجمعة، ص١٦٨، ١٦٩، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض عام: ١٤٢١هـ.

(٣) الامتياز التجاري، د. محمد حسن الجبر، ص٤، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، المجلد: الحادي عشر، العدد الأول، (الرياض: الناشر عمادة شؤون المكتبات بجامعة الملك سعود، ١٩٨٦م).

(٤) المصدر نفسه؛ وانظر: عقد الامتياز التجاري، لعبد الرحمن بن محمد القنيطير، =

فالاستقلال القانوني لصاحب الامتياز، واحتكار البيع في منطقة معينة، ووجود الارتباط مع مانح الامتياز، والتكامل الاقتصادي الناتج عن ذلك، هي أهم الخصائص التي تميز عقد الامتياز التجاري عن غيره من عقود التوسط التجاري الأخرى.

ـ امتياز المرافق العامة (الاحتكار الطبيعي)، وهو «عقد يبرمه ولي الأمر، أو من ينيبه، مع جهة خاصةٍ، وفق قواعد العقود العامة، بشأن مرفق من المرافق العامة، من أجل تحقيق مصلحةٍ للأمة»[(١)].

ـ امتياز عقد البوت (B.O.T)، وهو: «قيام الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها بإعطاء أحد الأشخاص الحق في تمويل، أو إدارة، أو تشغيل، أو بناء أحد مرافقها العامة لفترة زمنية معينة، يتحمل خلالها كل الخسائر، ويستفيد من الأرباح منفرداً»[(٢)].

ج ـ امتياز الأشخاص:

ومن ذلك ما يتعلق بالتمثيل السياسي، حيث يعرف الامتياز الممنوح للممثل السياسي، بأنه «إعفاء الممثل السياسي من جميع الضرائب والرسوم المباشرة، وإعطاؤه حقوقاً تمكنه من أداء عمله على نحو يرتفع به عن مستوى ما يتمتع به الفرد العادي من حريةٍ فيما يقوم به من تصرفات»[(٣)].

= ص٧، وهو بحث ـ غير منشور ـ مقدم لإكمال متطلبات التخرج لدبلوم دراسات الأنظمة في معهد الإدارة العامة بالرياض، عام: ١٤١٥هـ.

(١) عقد الامتياز، د. أوهاب، ص١٣١.

(٢) الإجراءات الواجب اتخاذها والتعديلات المقترحة على الأنظمة واللوائح لتحسين بيئة الاستثمارات البلدية المحلية ـ ورقة عمل مقدمة من الهيئة العامة للاستثمار في ندوة الاستثمارات البلدية وسبل تطويرها ٦ ـ ٨ شعبان ١٤٢٣هـ، د. سالم بن سعيد القحطاني، ص١١، (الرياض: مركز الملك فهد الثقافي).

(٣) حصانات وامتيازات الممثلين السياسيين في الفقه الإسلامي، د. عبد المجيد بن علي بن موسى البلوي، ص١٤، وهي أطروحة ـ غير منشورة ـ مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض، عام: ١٤٢٢هـ؛ وانظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ص٨٠.



وبتعبير آخر، يطلق لفظ امتياز الأشخاص في المجتمع المعاصر «للتعبير عن المميزات الخاصة التي يمنحها النظام للأشخاص أو الطبقات الاجتماعية سواء تم ذلك بنص القانون أو خارج إطار القانون»(١).

هذه بعض التعريفات المتنوعة لحق الامتياز بمعنييه العام والخاص الموجودة في كتب القانون المدني وكذا في بعض الرسائل العلمية، وحيث إن بحثي الذي أتقدم به في هذه الدراسة ينطلق من المعنى العام لا من المعنى الخاص، فإنه يمكنني وضع تعريفٍ شاملٍ لحق الامتياز من الوجهة الشرعية يكون بمثابة الضابط لجزئيات الموضوع، يمكن صياغته على النحو الآتي:

الامتياز هو: «أولوية مستحقةٌ شرعاً لحق معين مراعاة منه لصفته تمنع غيره منه».

شرح التعريف:

أولوية: أي الأسبقية والتقدم.

مستحقة شرعاً: بيان للجهة المخولة لمنح حق الامتياز، سواءً من جهة الشارع أم من جهة مَن أعطاه الشارع حق منح الامتياز وهو وليُّ أمر المسلمين؛ لأنه هو الذي يستطيع أن يقدر مدى المصلحة التي يحققها هذا الامتياز للمسلمين، أم من جهة أخرى تملك حق الامتياز وقد خُوِّلت منحه للغير.

لحق معين: بيان لمحل الامتياز سواءً أكان سلعةً معينةً، أم منفعةً معينةً، أم دَيناً معيناً، أم عملاً معيناً.

مراعاة منه لصفته: بيان لصفة من يُمْنَحُ له الامتياز.

تمنع غيره منه: هذا قيد في التعريف، يفيد أن حق الامتياز لا يكون إلا إذا اختُص الممنوح بهذا الحق دون غيره ولم يزاحمه فيه أحدٌ.

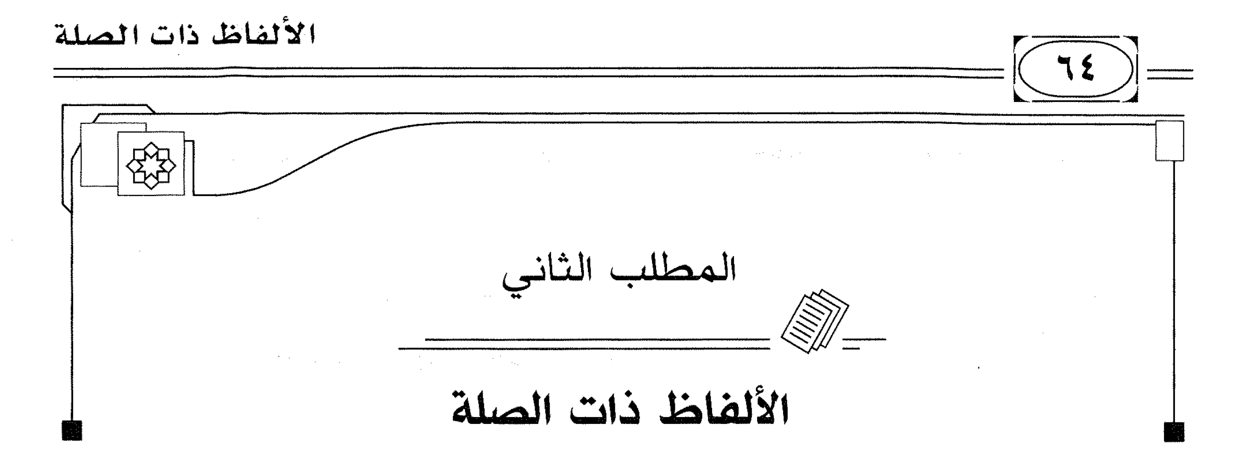
(١) معجم مصطلحات الاقتصاد، لنبيه غطاس، ص١٢٤.



وأحب أن أشير إلى أن الامتياز لفظ يستخدم على نطاق واسع للدلالة على أشياء مختلفة ومتنوعة، بعضها أشمل من بعض.

ونتيجة لذلك سيلاحظ القارئ أن الموضوعات التي تناولتها هذه الأطروحة لا ينتظمها رابط واحد، وإنما تتألف من موضوعاتٍ متفرقةٍ في الفقه ومختلفة، قُسِّمَتْ إلى ثلاثة أقسام رئيسة هي: **امتياز الديون، وامتياز المنافع، وعقود الامتياز.**





المطلب الثاني

الألفاظ ذات الصلة

هناك ألفاظ ومصطلحات في الفقه الإسلامي وفي النظام لها شبهٌ بمصطلح الامتياز، لا بد من التفريق بينها وبينه حتى يخلص معناه، ويتضح مراده.

ومن هذه المصطلحات: الاختصاص ـ الإقطاع ـ الاحتكار ـ الإذعان ـ الترخيص.

ولكي تتبين الفروقات بين هذه المصطلحات وبين حق الامتياز، لا بد من ذكر شيء من مدلولاتها اللغوية والاصطلاحية معاً.

أما **الاختصاص**:

فمن معانيه: الاختيار للشيء والانفراد به والاصطفاء له، وخاصة الشيء: ما يختص به دون غيره[1]، و«الاختصاص في اللغة: امتياز بعض الجملة بحكمٍ»[2]. والاختصاص في عرف الفقه الإسلامي يراد به أن يختص شخصٌ بمقعد من مقاعد السوق المباحة إذا وضع سلعته فيه، وحينئذٍ يقال: إنه اختص به دون غيره فليس لأحدٍ مزاحمته.

قال ابن رجب رَحِمَهُ اللهُ[3]: «هو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به،

---

(١) انظر: القاموس المحيط، مادة: «خص»، ص٧٩٦؛ والمعجم الوسيط، مادة: «خص» ١/٢٣٧، ٢٣٨.

(٢) كشاف اصطلاحات الفنون لمحمد بن علي التهانوي ٢/٣٩، وضع حواشيه: أحمد حسن بسج، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ = ١٩٩٨م).

(٣) هو: عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي، زين الدين أبو الفرج، ولد سنة (٧٣٦هـ) إمام فقيه، حافظ محدث، عارف بآثار السلف وأحوالهم، =

ولا يملك أحدٌ مزاحمته، وهو غير قابل للتمول والمعاوضات، مثل: مرافق السوق...»[(١)]، فالاختصاص أوسع دائرة من الملك.

فحق الاختصاص يكون:

١ ـ في الأشياء التي أجازت الشريعة الانتفاع بها مآلاً ـ ولا تقبل الملك شرعاً ـ، كما في جلد الميتة قبل أن يطهر بالدبغ، ومثل الكلب المباح اقتناؤه.

٢ ـ والأشياء التي أجازت الشريعة الانتفاع بها بشكلٍ محدود، كما في مرافق الأسواق[(٢)].

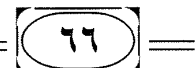
٣ ـ ويشمل أيضاً ما يقبل الملك ولم يتملك (أي إحراز المباحات)، مثل: التحجير، وإحياء الموات.

فالاختصاص يختلف عن الامتياز من ناحية الثمرة، ومن ناحية المحل.

= من كتبه: القواعد الفقهية، والاستخراج لأحكام الخراج وغيرها، توفي في دمشق سنة (٧٩٥هـ).
انظر: المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد لبرهان الدين إبراهيم بن مفلح ٢/٨١، ٨٢، ت: د. عبد الرحمن العثيمين، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م)؛ والجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد لابن المِبْرد يوسف بن عبد الهادي ٤٦ ـ ٥٣، ت: د. عبد الرحمن العثيمين، (القاهرة: مكتبة الخانجي، ط١، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م)؛ والبدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع لمحمد بن علي الشوكاني ١/٣٢٨، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).

(١) القواعد لابن رجب، ص١٩٢، (دار الفكر، ط بدون)؛ وانظر: المنثور في القواعد لمحمد بن بهادر الزركشي ٣/٢٣٤، ت: د. تيسير فائق أحمد، (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م)؛ ومعجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، لعلي جمعة، ص٢١٨. وهذا الرأي هو رأي جمهور الفقهاء، وذهب بعض الشافعية وهو وجه عند الحنابلة إلى جواز بيع حق الاختصاص.
انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق لعثمان الزيلعي ٦/٣٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٦٦؛ ونهاية المحتاج ٥/٣٤٠؛ ومغني المحتاج ٢/٣٦٧؛ والمغني ٨/١٥١، ١٥٢؛ والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف لعلي بن سليمان المرداوي ٦/٣٧٣، ٣٧٤، ت: محمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).

(٢) انظر: الملكية في الشريعة الإسلامية، د. العبادي ١/١٩٨.

فمن ناحية الثمرة، لا يجوز لصاحب الاختصاص التصرف في محله بالبيع، بينما يجوز ذلك في الامتياز.

ومن ناحية المحل، فمحل حق الاختصاص:

١ ـ الأشياء المحرمة والنجسة إذا جاز الانتفاع بها بشكل محدود أو جاز الانتفاع بها مآلاً.

٢ ـ منافع الأسواق والطرق والمساجد؛ أي المرافق العامة[١].

٣ ـ الأراضي الموات بالتحجير مقدمة للإحياء.

أما الامتياز المالي فمحله الديون والمنافع والعقود.

وأما **الإقطاع**:

فهو في اللغة يدور على معانٍ عدة، منها:

الفصل والإبانة، يقال: قطعت الشيء قطْعاً إذا: فصل بعضه وأبانه... ويقال: أقطع يقطع؛ أي أعطى قطعةً[٢]، والإقطاع: نظام يقوم على العلاقة بين السادة ونوابهم، يقضي بأن يُملِّك الأولون الآخرين قطائع من الأرض على سبيل المنحة لهم ولأولادهم، والإقطاع: كل نظام يمكِّن المالك من أن يتحكم في الأرض ومن فيها من الناس[٣].

واصطلاحاً، هو: «ما يخص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات فيختص به ويصير أولى بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه. وحكى عياض: أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك، قال: وأكثر ما يستعمل في الأرض، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه إما بأن يملكه إياه فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدةً»[٤].

(١) انظر: المنثور في القواعد ٣/ ٢٣٤.
(٢) انظر: القاموس المحيط، مادة: «قطع»، ص٩٧١.
(٣) انظر: المعجم الوسيط، مادة: «قطع» ٢/ ٧٤٥.
(٤) فتح الباري بشرح صحيح البخاري لأحمد بن حجر العسقلاني ٥/ ٥٨، ت: محب الدين الخطيب وآخرون، (القاهرة: دار الريان، ط١، ١٤٠٧هـ = ١٩٨٧م).



والتعريف الثاني أشمل حيث إنه استوفى أنواع الإقطاع الثلاثة: إقطاع التمليك والاستغلال والإرفاق.

والإقطاع قد يكون في موات وهو الأكثر، وهو يشمل موات الأرض وغير الأرض كالمعادن ونحوها، وقد يكون في غير موات، وهو أن يقطع الإمام أحداً شيئاً من بيت المال تمليكاً للمصلحة، وهذا ما يعرف بعطايا الأئمة، فيعطي الإمام من بيت المال ولو عامراً، أو يعطي من الجزية أو يعطي من الخراج أو ينفل من خمس الغنيمة أو غيره، وهذا جائز للمصلحة[1].

وبهذا يتبين أن الإقطاع ـ على رأي الأكثر ـ يكون في الموات خاصة بخلاف الامتياز فيكون في الأرض وغيرها.

وأما على رأي البعض فيكون الامتياز أعم من الإقطاع وأشمل، حيث إنه يكون من الإمام وغيره، وفي الأشياء المادية والمعنوية، وفي الديون والمنافع والعقود.

وأما **الاحتكار**:

فهو في اللغة: الحبس، والظلم، والالتواء، والعُسْر، وسوء المعاشرة، والجمع، والإمساك[2].

«وكل هذه المعاني تعود على معنى الحبس، فالجمع والإمساك حبس، ينتج عنه الظلم والالتواء والعسر وسوء المعاشرة»[3].

وفي الاصطلاح: اختلفت تعريفات الفقهاء فيه، بناءً على القيود التي وضعها كل مذهب:

فمن تعريفات الحنفية:

---

(١) انظر: ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية، د. السميح، ص١٦١، ١٦٢.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة، مادة: «حكر» ٢/ ٩٢؛ ولسان العرب، مادة: «حكر» ٢/ ٩٤٩.

(٣) الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي د. قحطان عبد الرحمن الدوري، ص١٦، (الأردن: دار الفرقان، ط١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م).



«أنه اشتراء الطعام ونحوه، وحبسه إلى الغلاء»[(١)].

وذكر الباجي رَحِمَهُ اللهُ[(٢)] من المالكية، بأن الاحتكار:

هو: «الادخار للمبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق، فأما الادخار للقوت فليس من باب الاحتكار»[(٣)].

وقال الشافعية:

الاحتكار: «أن يشتري الأقوات وقت الغلاء ـ والعبرة فيه بالعُرف ـ ليُمسكه، ويبيعه بأكثر من ثمنه؛ للتضييق حينئذٍ»[(٤)].

وأما الحنابلة، فقالوا:

إن الاحتكار المحرم ما جمع ثلاثة شروط، هي:

١ ـ أن تكون هذه السلع التي احتكرها قد اشتراها من السوق، فلو

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٣٥١؛ وانظر: مختصر اختلاف العلماء، لأبي جعفر أحمد الطحاوي، اختصار: أبي بكر أحمد الجصاص الرازي ٣/٤٢١، ٤٢٢، ت: د. عبد الله نذير أحمد، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤١٧هـ = ١٩٩٦م).

(٢) هو: سليمان بن خلف بن سعد التُجيبي الأندلسي القرطبي، أبو الوليد، صاحب التصانيف، ولد سنة (٤٠٣هـ) اشتهر اسمه، وتفقه به الأئمة، من تصانيفه: المنتقى في الفقه، والاستيفاء، والسراج في الخلاف وغيرها، توفي سنة (٤٧٤هـ) بالمَرِيَّة.
انظر ترجمته في: وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان لأحمد بن خلكان ٢/٤٠٨، ت: إحسان عباس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ وسير أعلام النبلاء لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي ١٨/٥٣٥، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرين، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م)؛ والديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون ١/٣٧٧، ت: د. محمد الأحمدي أبو النور، (القاهرة: دار التراث، ط بدون).

(٣) المنتقى شرح الموطأ لسليمان بن خلف الباجي ٥/١٥، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون)؛ وانظر: موطأ الإمام مالك، كتاب: البيوع، باب: الحكرة والتربص ٢/٦٥١، برقم: ٥٦؛ ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل لمحمد بن محمد المغربي المعروف بـ (الحطاب) ٤/٢٢٨، (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ = ١٩٩٢م).

(٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج لأحمد بن حجر الهيتمي ٤/٣١٧، مع حاشية الشرواني وابن القاسم، (مصر: دار إحياء التراث، ط بدون)؛ وانظر: مغني المحتاج ٢/٣٨.





جلب شيئاً أو أدخل من غلَّته شيئاً فادخره لم يكن محتكراً.

٢ ـ أن يكون المشترى قوتاً، فأما ما سواه كالإدام والحلواء والعسل والزيت وأعلاف البهائم، وما لا ضرر على الناس بحبسه، فليس فيه احتكار محرم.

٣ ـ أن يضيق على الناس بشرائه[1].

ولا يحصل ذلك إلا بأمرين:

أحدهما: يكون في بلد يضيق بأهله الاحتكار كالحرمين والثغور.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ[2]: «ظاهر هذا أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق والجَلَب، كبغداد، والبصرة، ومصر، لا يحرم فيها الاحتكار؛ لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً».

الأمر الثاني: أن يكون في حال الضيق، بأن يدخل البلد قافلة، فيتبادر ذوو الأموال فيشترونها ويضيقون على الناس، فأما إن اشتراه في حال الاتساع والرخص على وجهٍ لا يضيق على أحد فليس بمحرم[3].

---

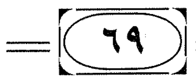
(١) انظر: المغني ٦/٣١٦، ٣١٧؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/١٩٩، ٢٠٠؛ ومطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى لمصطفى السيوطي الرحيباني ٣/٦٣، (ط٢، ١٤١٥هـ = ١٩٩٤م).

(٢) المغني ٦/٣١٧.

وابن قدامة، هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي أبو محمد، ولد بجَمَّاعيل سنة (٥٤١هـ) وانتقل في صغره إلى دمشق، من أكابر الأئمة الأعلام، له التصانيف النافعة الماتعة، منها: المغني، والكافي، والمقنع وغيرها، توفي بدمشق سنة (٦٢٠هـ) بمنزله يوم عيد الفطر.

انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٢٢/١٦٥؛ والمقصد الأرشد ٢/١٥؛ والذيل على طبقات الحنابلة لابن رجب ٢/١٣٣، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

(٣) انظر: المغني ٦/٣١٧؛ والشرح الكبير لعبد الرحمن بن محمد بن قدامة مع الإنصاف ١١/١٩٩، ٢٠٠، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٥هـ = ١٩٩٥م)؛ وتهذيب سنن أبي داود لابن القيم ٥/٩٠، ٩١، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للمنذري، ت: أحمد محمد شاكر وَمحمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).





وهذه التعريفات تنصب على أن شرط الاحتكار المحرم، هو الإضرار بالناس، وهو متحققٌ حسب الظروف والعرف في ذاك الزمن، ولكلٍّ وجهٌ.

فالجمهور قيده في الشراء فقط[١]، ومنهم من قيده بالأقوات، فغير الأقوات لا يتحقق فيه الاحتكار المحرم[٢]، ومنهم من عداه إلى غير الأقوات[٣].

ويعرِّف علماء الاقتصاد المعاصرون الاحتكار بأنه: «السيطرة الخالصة على عرض سلعة أو خدمة ما في سوق معلومة، أو على الامتياز الخالص للشراء أو البيع في سوق معلومة»[٤].

ولذا كان التعريف المختار للاحتكار هو: (حبس ما يتضرر الناس بحبسه تربصاً للغلاء)[٥].

ومما تقدم يظهر أن المحتكِر هو المضيق على الناس بما احتكره، ومن لم يضيق عليهم فليس بمحتكر، والتضييق الذي يحدده ظرف الناس ووضعهم الاقتصادي.

وغالباً ما يشتمل عقد الامتياز التجاري على شروط تسمى (شروط

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٢٩، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ)؛ ومواهب الجليل ٤/٢٢٧؛ ومغني المحتاج ٢/٨٣؛ والمغني ٦/٣١٦.

(٢) انظر: الجوهرة النيرة شرح مختصر القُدُوري لأبي بكر بن علي الحداد اليمني ٢/ ٣٨٢، (مطبعة محمود بك جوار الباب العلي، سنة ١٣٠١هـ).

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٧؛ والمنتقى للباجي ٥/ ١٩؛ والمبدع في شرح المقنع لإبراهيم بن محمد بن مفلح المقدسي ٤/٤٨، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط بدون، ١٤٠٢هـ = ١٩٨٢م).

(٤) الموسوعة الاقتصادية، د. راشد البراوي، ص٢٨، (القاهرة: مكتبة النهضة، ط٢، ١٤٠٧هـ)؛ وانظر: معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية، لعلي محمد الجمعة، ص٣٠ ـ ٣٢.

(٥) الاحتكار د. الدوري، ص٣٢؛ وانظر: الضرر في الفقه الإسلامي، د. أحمد موافي ١/ ٢٢١، (الخبر: دار ابن عفان، ط١، ١٤١٨هـ)؛ ومجلة البحوث الفقهية المعاصرة ص٢٢٩ وما بعدها، العدد: ٣١ ـ السنة الثامنة ـ ربيع الآخر ـ جمادى الأولى ـ جمادى الآخرة ١٤١٧هـ.



القصر)[1]، ينتج عنها احتكار السلع التي تضمنها عقد الامتياز لدى صاحب الامتياز بحيث لا تباع هذه السلع في منطقته إلا من خلاله، فهو يتحكم في محل البيع وفي أسعار هذه السلع وفي وفرة العرض أو تحجيمه للمحافظة على السعر.

ويتسبب شرط القصر في أن لا يتمكن التجار الآخرون المنافسون له من جلب هذه السلع التي يملك صاحب الامتياز امتياز توزيعها في منطقته.

فتحكُّمُ صاحب الامتياز بهذه السلع في أسواق منطقته أشد من تحكم المحتكر بصورته العادية ووسائله الخاصة القاصرة.

إلا أن غالب السلع محل عقد الامتياز تكون في كماليات الأشياء التي لا ضرر على الناس ألبتة في احتكار صاحب الامتياز لها.

كمن يمتاز بتسويق نوع من الأطعمة أو الملابس والأثاث وغيرها، وخاصة في هذه الأزمنة التي يتنافس فيها التجار في جلب السلع وتنويع مصادرها مع سهولة جلبها بحيث لا يتصور أن يدخل الضيق في شيء منها.

ومع هذا فإن الضوابط التي وضعها الفقهاء لدفع الحرج عن الأمة، ومنع الضرر الذي يوقعه احتكار سلعة ما مما يحتاج إليه الناس باقية، ويتصور في عقود الامتياز في مثل امتياز نوع من الأدوية الحديثة المهمة أو شيء من الأجهزة والأدوات التي يحتاج إليها الناس.

ففي هذه الحالات تتدخل الأجهزة الرقابية في الدولة المسلمة ليس لإبطال عقد الامتياز أو شرط القصر فيه، وإنما لضبط الأسعار وتوفير السلعة للناس[2].

---

(١) وشرط القصر: هو التزام أحد طرفي العقد بالتعامل مع الطرف الآخر فقط في منطقته أو حدود معينة يتفقان عليها.
انظر: عقد الترخيص التجاري، د. فايز نعيم رضوان، ص١٧٥، (القاهرة: مطبعة الحسين الإسلامية، ط١، ١٤١١هـ)؛ وعقد الامتياز التجاري، لعبد الرحمن القنيطير، ص٢٦.

(٢) انظر: أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، د. أحمد بن يوسف =



وأما **الامتياز الجائز**، الذي يسميه الاقتصاديون (الاحتكار الطبيعي)، فهو ما تقوم به الدولة ومؤسساتها من امتيازات لبعض الوسائل العامة، كامتياز استخراج النفط، ونقل البريد، وتوريد الكهرباء والغاز... فذلك من واجباتها في حفظ النظام العام من العبث ودفع الضرر عن الناس، ولولا قيامها بهذا اللون من الامتياز لاتخذت منه الشركات الاحتكارية سبيلاً للغِنى الفاحش والاحتكار الجشع واللعب بمقدرات الناس بما يتفق مع مصلحتها الخاصة فقط[(١)].

هذا هو الامتياز الجائز، وأما **الامتياز المحرم** فهو الذي يتفق مع الاحتكار الممنوع في علة الضرر بالناس والتضييق عليهم.

وأما **الإذعان**:

فيدور معناه في اللغة على: الخضوع والذل والانقياد والإقرار، يقال: «ذَعِنَ ذَعناً: أي خضع وذل، وأذعن: انقاد وسلِس، ويقال: أذعن بالحق: أقرَّ به»[(٢)].

وأما في الاصطلاح:

فهو مصطلح قانوني حديث مستمدٌّ من الفقه الغربي[(٣)].

والمراد به ذلك العقد الذي «يضع فيه أحد طرفيه شروطه الجوهرية مقدَّماً، ليتعامل بها كل من يرغب في التعامل معه، ولا يملك المتعاقد الآخر

= الدريويش، ص٣٥٧، ٣٥٨، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤٠٩هـ)؛ وانظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية، ٢٨ ـ ٧٧؛ والطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن قيم الجوزية، ص٢٤٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

(١) انظر: الاحتكار، د. الدوري، ص٣٢.

(٢) المعجم الوسيط، مادة: «ذعن» ١/٣١٢.

(٣) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء د. نزيه حماد، ص٤٦؛ وعقود الإذعان في الفقه الإسلامي، د. نزيه حماد، ص٥٤، بحث في مجلة العدل، العدد: ٢٤، شوال ـ ١٤٢٥هـ ـ السنة السادسة؛ والخطر والتأمين ـ هل التأمين التجاري جائز شرعاً؟ د. رفيق يونس المصري، ص٧٩ ـ ٨١، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢٢هـ).





مناقشتها، فله قبولها، أو رفضها»[١].

فالإذعان إنما يكون في العقود خاصة، ويتميز بالخصائص الآتية:

١ ـ إن موضوع العقد ومحله منفعة ضرورية لعموم الناس لا غنى بهم عنها كالاشتراك في خدمات النور الكهربائي والمياه والغاز والهاتف ونحوها، بخلاف الامتياز فقد يكون في الأشياء الضرورية وغير الضرورية.

٢ ـ إن المنفعة محتكرة في يد جهة واحدة، أو جهات قليلة، ولا يجد المستهلك المحتاج إلى المنفعة جهة أخرى يستغني بها عن معاملة الجهة المحتكرة، وهذا أيضاً متوافر في عقد الامتياز إذا لم يكن إلا جهة واحدة مَنَحت حق الامتياز، بخلاف ما لو كان منح الامتياز متعدداً.

٣ ـ إن المحتكر ينفرد بوضع تفاصيل العقد، ولا يكون للطرف الآخر دور في وضعها، وفي الغالب تكون هذه التفاصيل في صالح المحتكِر. فبعضها يتضمن عقوبات جزائية ضد المستفيد في حالة إساءته استعمال المنفعة، وبعضها يعفي المحتكر من مسؤولية أي أضرار تقع على المستفيد. وهذا يتوافر أيضاً في عقد الامتياز.

٤ ـ يكون العرض الصادر عن المحتكر موحداً في تفاصيله لا يفرق بين مستفيد وآخر، ويكون موجهاً إلى الجمهور، أو طائفة معينة من الجمهور لا إلى شخص معين. وهذا يتوافر أيضاً في عقد الامتياز.

٥ ـ تهدف الجهة التي تعرض الخدمة إلى أن يبقى عرضها ساري المفعول لمدة طويلة، ولا تحصره عادة في الزمن اليسير الذي يكفي لقبول العرض فحسب، كما هو الشأن في العقود.

٦ ـ يكون المحتكر للخدمات ملزماً في غالب الأحوال بقبول طلبات التعاقد التي تقدم إليه من قبل المستفيدين[٢].

---

(١) معجم المصطلحات القانونية ـ عربي، فرنسي، إنجليزي ـ لعبد الواحد كرم، ص٣٣٤، (بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٩٨٧م).
(٢) انظر: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د. عبد الرزاق السنهوري ٢/ ٧٤ ـ ٧٥، =



وبطبيعة الحال، فعقد الامتياز غالباً ما يؤدي إلى عقد الإذعان، إذ إنه يتضمن شروطاً يمليها مانح الامتياز سواء أكان ذلك في القطاع العام (الدولة) أم القطاع الخاص (الشركات والمؤسسات) أم الأفراد، ولا يسع المشترك صاحب الامتياز سوى الإذعان والتسليم بها أو ترك الاستفادة من الامتياز.

والواقع أن الرغبة في الحصول على الامتياز أو الخشية من عدم تجديده كثيراً ما يدفع أصحاب الامتياز إلى القبول ببعض الشروط القاسية، بل والجائرة ـ أحياناً ـ التي يفرضها مانح الامتياز، كشروط إنهاء الامتياز، والحد الأدنى من المنتجات التي ينبغي على صاحب الامتياز شراؤها، وكيفية الوفاء بثمن هذه المنتجات، وكمية المخزون، وقطع الغيار عند الاقتضاء، وخدمات الصيانة الواجب توافرها بعد البيع... إلخ.

أما امتياز الديون فلا علاقة له بعقد الإذعان، فهو يختلف عنه حقيقةً وحكماً. والله أعلم.

وأما **الترخيص**:

فهو يعني في اللغة:

النعومة، والهبوط، والتسهيل والتيسير، والإذن بعد النهي.

يقال: رُخاصة؛ أي: لين ونعومة، ورَخُصَ السعر رُخْصاً، فهو رخيص، وأرخص له في الأمر: سهَّله ويسَّره، ورخَّص له في كذا، ورخصه فيه: أَذِنَ له فيه بعد النهي عنه[1].

= (بيروت: دار الإحياء التراث العربي، ط بدون)؛ ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص٢٤٧ ـ ٢٥٠، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي)؛ ونظرية العقد والإرادة المنفردة، د. عبد الفتاح عبد الباقي، ص٢٠٧ ـ ٢٠٨، (ط ١٩٨٤م)؛ وإنشاء الالتزام في حقوق العباد، د. حسن بن أحمد الغزالي، ص٣٨٧ ـ ٣٨٨، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤٢٠هـ)؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، د. نواف عبد الله باتوبارة، ص١٧٢، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٣٧، شوال ـ ذو القعدة ـ ذو الحجة ـ ١٤١٨هـ.

(١) انظر: أساس البلاغة لمحمود بن عمر الزمخشري، ت: عبد الرحيم محمود، =

وهو في الاصطلاح:

«عقد يخوّل المرخص له حق إنتاج السلع التي تحمل العلامة بكميات معينة، أو في حدود إقليم معين، في مقابل أجر معلوم»[(١)].

يفترق عقد الترخيص عن عقد الامتياز التجاري[(٢)] في أنه لا يمكن لصاحب الامتياز أن يضع العلامة على منتجاتٍ من صنعه، فهو إذاً عقد بيع، وليس هناك نظام تشريعي لهذا العقد.

أما عقد الترخيص فيحق فيه للمرخص له أن يضع العلامة على منتجات من صنعه.

وأما الاتفاق بينهما فهو أن كلّاً من العقدين له استغلال ثانوي؛ لأنهما يعملان لحسابهما، وليس لحساب المرخص.

وكذلك فكلاهما يكون في حالة تبعية اقتصادية من ناحية الإشراف والشروط[(٣)].

= (بيروت: دار المعرفة، ط بدون)، مادة: «رخص»، ص١٥٨؛ والمصباح المنير، مادة: «رخص» ١/٢٢٣، ٢٢٤؛ والقاموس المحيط، مادة: «رخص»، ص٨٠٠؛ والمعجم الوسيط، مادة: «رخص» ١/٣٣٦.

(١) عقد الترخيص الصناعي، د. ماجد عمار، ص٧، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ جامعة القاهرة ـ كلية الحقوق، عام: ١٩٧٩م.

(٢) تقدم تعريف عقد الامتياز التجاري، في ص٦٠.

(٣) انظر: شرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٧، ١٩٨، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٩٨٧م)؛ وعقد الالتزام، لسيد قاسم، ص٢٤١، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ـ جامعة القاهرة، العدد: ٥٤، عام: ١٩٨٤م؛ والعلامة التجارية وأحكامها في الفقه والنظام، إعداد: منصور بن عبد العزيز المنصور، ص٤٨٢، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ؛ وعقد الامتياز التجاري، د. ماجد عمار، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٩٩٢م).


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE







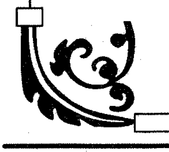
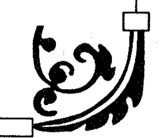

المبحث الثاني

أركان حق الامتياز

- وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الركن.

المطلب الثاني: أركان حق الامتياز.





المطلب الأول

تعريف الركن

أولاً: في اللغة:

الركن يقوم على ثلاثة حروف أصول، هي الراء والكاف والنون، وهي أصل واحد يدل على قوة[١].

فـ«ركن الشيء جانبه الأقوى»[٢]، «وركن الإنسان قوته وشدته»[٣]، و«جبل ركين: عزيز ذو أركان»[٤].

وجمع الركن: أركان، وركُن بضم الراء والكاف[٥].

وبتتبع ما ورد في معنى الركن لغة يتبين أنه يشتمل على ثلاث خصائص يتكون من مجموعها حقيقة الركن في اللغة، وهي: أن ركن الشيء داخل فيه، وهو جانبه الأقوى، وهو الذي يقوم به ذلك الشيء[٦].

ثانياً: في الاصطلاح:

الركن في عرف الفقهاء هو: «ما لا وجود لذلك الشيء إلا به»[٧].

---

(١) انظر: معجم مقاييس اللغة، مادة: «ركن» ٢/ ٤٣٠.
(٢) الصحاح للجوهري، مادة: «ركن» ٥/ ٢١٢٦.
(٣) لسان العرب، مادة: «ركن» ٣/ ١٧٢١.
(٤) أساس البلاغة لجار الله الزمخشري، مادة: «ركن»، ص١٧٧.
(٥) انظر: لسان العرب، مادة: «ركن» ٣/ ١٧٢١.
(٦) انظر: فصول البدائع في أصول الشرائع لمحمد بن حمزة الفناري ٢/ ٢٩٥، (مطبعة الشيخ يحيى أفندي، عام ١٢٨٩هـ)؛ والسبب عند الأصوليين، د. عبد العزيز الربيعة ٢/ ٢٦، (الرياض: مطابع جامعة الإمام، ط١، ١٣٩٩هـ = ١٩٨٠م).
(٧) كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي ٣/ ١٠٦٤، تصحيح: أحمد رامز =



وقال بعضهم[١]: «أما الركن: فهو ما يتقوم به الشيء وهو جزؤه».

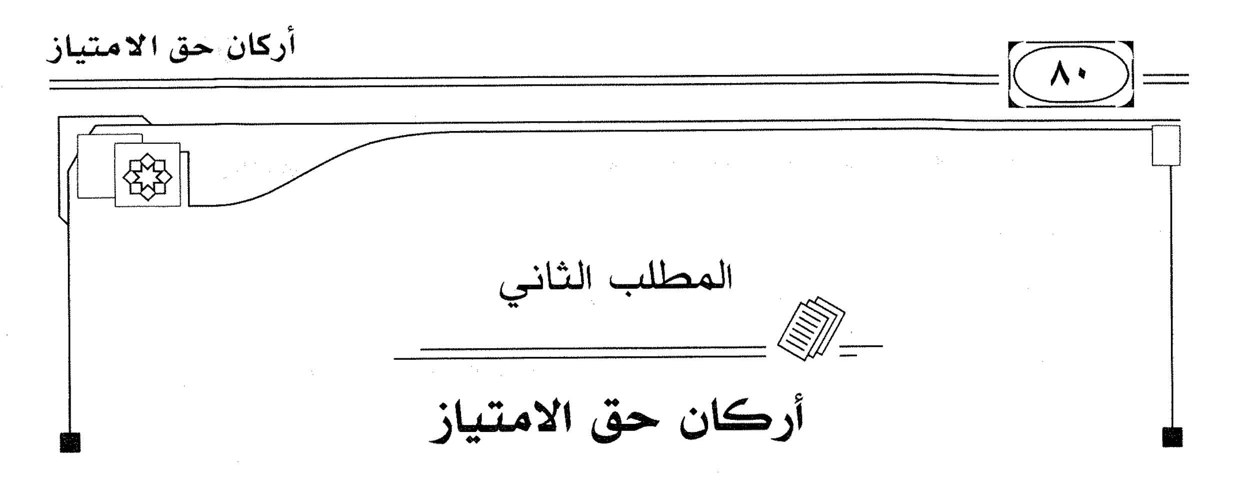
ومعنى ذلك أن الركن: ما به قوام الشيء: أي وجوده، وهو جزء منه؛ أي أن ذلك الشيء لا يوجد إلا بتحققه ووجوده، ويكون داخلاً في ماهية الشيء وفي حقيقته[٢]، وذلك مثل الإيجاب والقبول في النكاح، فإنه لا يوجد النكاح شرعاً إلا بهما، ومثل الركوع في الصلاة، فإنه لا وجود لها شرعاً إلا به.

= ومعرفة: حلمي الريزوي، (طبع في مكتب الصنايع، ط بدون، ١٣٠٧هـ).

(١) فصول البدائع ١/٢٣٩.

(٢) انظر: معجم مصطلحات أصول الفقه د. قطب مصطفى سانو، ص٢٢٣، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٠هـ = ٢٠٠٠م).





المطلب الثاني

أركان حق الامتياز

للفقهاء في أركان العقد مذهبان:

المذهب الأول: إن ركن العقد الصيغة، وهو الإيجاب والقبول، وإلى هذا ذهب الحنفية[(١)].

المذهب الثاني: إن ركن العقد، هو الصيغة والعاقدان والمعقود عليه، وإلى هذا ذهب المالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

والأقرب ـ إن شاء الله ـ من هذين القولين قول جمهور الفقهاء؛ إذ إن هذا القول هو المتوافق مع المعنى اللغوي للركن؛ لأن ركن الشيء: جانبه الأقوى، وهذه الأمور الثلاثة، لا بد منها لبروز العقد وقيامه؛ ولأن العقد لا يتعقل في الخارج إلا بالعاقد والمعقود عليه، والفقيه يتكلم عن الواقع لا عن حقائق ذهنية مجردة.

أو يقال: إن الركن إذا فسر بأنه ما يتوقف عليه الشيء، كان مذهب

---

(١) انظر: شرح فتح القدير لمحمد بن عبد الواحد بن الهمام ٦/٢٤٨، (بيروت: دار الفكر، ط٢، بدون)؛ والاختيار لتعليل المختار لعبد الله بن محمود الموصلي ٢/٤، علق عليه: محمود أبو دقيقة، (إستانبول: دار الدعوة، ط بدون، ١٩٨٧م).

(٢) انظر: الشرح الصغير على أقرب المسالك لأحمد بن محمد الدردير ٢/٣، ٤ مع حاشية الصاوي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٨م)؛ وحاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني ٢/١٢٦، (دار الفكر، ط، بدون).

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/٥ ـ ٧.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس البهوتي ٢/١٤٠، (دار الفكر، ط بدون).



الجمهور هو الراجح، أما إذا فسَّرنا الركن بأنه جزء الحقيقة، أو ما به قوام الشيء ووجوده كان ركن الامتياز شيئاً واحداً هو الصيغة المنشئة للامتياز، ويكون ما وراءها من لوازم وجود الصيغة.

وحينئذٍ تكون أركان امتياز الديون ركنين:

١ ـ الدين (محل الامتياز).

٢ ـ الدائن (وهو العاقد)، وذلك لأن امتياز الديون حق عيني وليس حقاً شخصياً.

وأما أركان عقود الامتياز فهي ثلاثة:

١ ـ الصيغة.

٢ ـ مانح الامتياز، وصاحب الامتياز.

٣ ـ محل الامتياز.

ولعله من المناسب إيضاح بعض التفصيلات المتعلقة بهذه الأركان:

أولاً: الصيغة:

ـ معنى الصيغة:

هي عبارة عما يدل على الرضا من الإيجاب والقَبول اللفظيين أو ما قام مقامهما[1].

والصيغة تتكون من شطرين، هما: الإيجاب والقبول، أو ما يقوم مقامهما كما في البيع. وقد اختلف الفقهاء في تحديد الإيجاب والقبول:

فذهب الحنفية[2] على أن الإيجاب، هو: اللفظ الذي يصدر أولاً، وأن القبول هو: ما صدر ثانياً.

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد لأحمد بن عبد الله القاري، ص٣٢٤، ت: د. عبد الوهاب أبو سليمان وَ د. محمد إبراهيم علي، (جدة: مطبوعات تهامة، ط١، ١٤٠١هـ = ١٩٨١م).

(٢) انظر: شرح فتح القدير ٦/٢٤٨؛ وحاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق ٤/٣؛ والاختيار لتعليل المختار ٢/٤.





وذهب جمهور الفقهاء[١] إلى أن الإيجاب: ما صدر عن المالك للسلعة. وما يدل على الرضا بمضمون هذه العبارة يسمى قَبولاً، ولا عبرة بتقدم أحدهما على الآخر.

ـ والحكمة من مشروعية الصيغة، أن أساس التعاقد في الشريعة الإسلامية هو الرضا من الطرفين، قال تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وقال ﷺ: «إنما البيع عن تراض»[٢].

والرضا من الأمور الخفية التي لا اطلاع لأحدٍ عليها ـ سوى الله ﷻ ـ لذلك كان لا بد أن يعتبر ما يدل على الرضا، فاعتبرت الشريعة الصيغة، أو ما يقوم مقامها دليلاً على الرضا.

وقد اشترط الفقهاء لصحة الصيغة شروطاً[٣]، هي:

١ ـ أن يتوافق الإيجاب والقبول.

٢ ـ أن يتصل الإيجاب بالقبول.

٣ ـ أن يبقى الإيجاب قائماً حتى يتم القبول.

٤ ـ أن يكون الإيجاب والقبول بلغةٍ مفهومةٍ لكلٍّ من الطرفين.

---

(١) انظر: حاشية العدوي على رسالة ابن زيد القيرواني ٢/١٢٧؛ وروضة الطالبين وعمدة المفتين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ٣/٣٣٦، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م)؛ والمبدع ٤/٤.

(٢) رواه ابن ماجه في «سننه»، كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار ٢/٧٣٧، برقم: ٢١٨٥؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: البيوع، باب ما جاء في بيع المضطر وبيع المكره ٦/١٧؛ وصححه الألباني في «إرواء الغليل»، برقم: ١٢٨٣.

(٣) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الله محمد بن سليمان، المعروف بـ(داماد أفندي) ٢/٤، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون)؛ وحاشية الدسوقي ٣/٣؛ وروضة الطالبين ٣/٣٣٧؛ والمغني ٦/٧؛ والإيجاب والقبول بين الفقه والقانون، لدبيان بن محمد الدبيان، ص١٥٩ ـ ١٩٨، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٦هـ).



٥ ـ أن لا تكون الصيغة مؤقتةً بمدةٍ تنتهي قبل الحلول.

٦ ـ أن لا يكون في الصيغة تعليق للعقد.

ثانياً: العاقدان:

والمراد بالعاقدين، مانح الامتياز، وصاحب الامتياز.

مانح الامتياز، هو: الذي له حق إعطاء ومنح الامتياز.

صاحب الامتياز، هو: الذي يُمنح له الامتياز.

ولما كان موضوع البحث (الامتياز) يتعلق بالتصرفات المالية، اشتُرط فيمن يتولاه ما يشترط فيمن يتصرف أي تصرُّفٍ مالي آخر، من بيعٍ أو شركةٍ أو إجارةٍ أو غيرها.

شروط مانح الامتياز:

لا يخلو مانح الامتياز من أحوالٍ ثلاثةٍ:

إما أن يكون قطاعاً عاماً (الدولة)، أو قطاعاً خاصاً (المؤسسات والشركات)، أو أفراداً.

ويمكن ردُّ ذلك إلى نوعين: شخص حقيقي (الفرد)، وشخص اعتباري (القطاع العام أو الخاص).

ـ شروط الشخص الحقيقي:

١ ـ أن يكون العاقد عاقلاً، فلا يصح من غير العاقل كالمجنون؛ لأن الامتياز تصرف مالي يعتبر فيه الرضا، والرضا لا يتحقق ممن ليس له عقل.

٢ ـ أن يكون العاقد بالغاً، فلا يصح الامتياز من الصبي غير المميز مطلقاً. وأما الصبي المميز، فاعتبر الحنفية[1] والمالكية[2] والحنابلة[3] عقوده

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٠٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/٥، ٦.

(٣) انظر: المغني ٦/٣٤٧؛ وكشاف القناع عن متن الإقناع لمنصور بن يونس البهوتي، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون، ١٤٠٣هـ = ١٩٨٣م).



إذا كانت بإذن الولي بخلاف الشافعية[١] والحنابلة في رواية[٢] فلم يصححوا عقوده، وإن أجازها الولي.

٣ ـ أن لا يكون مانح الامتياز محجوراً عليه لسفهٍ أو فلسٍ، فلا يصح الامتياز من السفيه والمفلس؛ لأنهما محجورٌ عليهما، وهو مذهب جمهور الفقهاء[٣]، خلافاً للإمام أبي حنيفة[٤].

٤ ـ أن يكون العاقد مختاراً، فلا يصح من مكرَهٍ، وهو مذهب الشافعية[٥] والحنابلة[٦].

٥ ـ أن يكون للعاقد ولاية التصرف بالملك أو بالإذن، فلا يصح الامتياز من الفضولي، وهذا الشرط للشافعية[٧] ـ في الأصح عندهم ـ والحنابلة في إحدى الروايتين[٨].

وخالفهم في ذلك الحنفية[٩] والمالكية[١٠] فأجازوه موقوفاً على إجازة المالك، وهو قولٌ عند الشافعية[١١] ورواية عند الإمام أحمد[١٢].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٣/ ٣٤٢. (٢) انظر: المغني ٦/ ٣٤٧.

(٣) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل لمحمد بن عبد الله الخرشي ٥/ ٢٦٢، ٢٩٠، (بيروت: دار صادر، ط بدون)؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣/ ٢٦١، ٢٩٣، ٢٩٦؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٤٦، ١٧١؛ وحاشية قليوبي على شرح المحلي على المنهاج لأحمد بن أحمد القليوبي ٢/ ٢٨٥، ٣٠١، (مصر: دار إحياء الكتب العربية، ط بدون)؛ وكشاف القناع ٣/ ١٥١؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٧٣.

(٤) انظر: مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر لعبد الله محمد بن سليمان المعروف بـ(داماد أفندي) ٢/ ٤٣٩، ٤٤٢، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون).

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٧؛ وحاشية بجيرمي على شرح الخطيب لمتن أبي شجاع لسليمان البجيرمي ٢/ ١١، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٣٩٠هـ = ١٩٧٨م).

(٦) انظر: كشاف القناع ٣/ ١٥٠؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ١٤١.

(٧) انظر: المجموع شرح المهذب لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي ٩/ ٢٥٩، (بيروت: دار الفكر، ط بدون)؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٥؛ وحاشية البجيرمي على الخطيب ٣/ ٥.

(٨) انظر: المغني ٦/ ٢٩٥؛ وكشاف القناع ٣/ ١٥٧.

(٩) انظر: حاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق للزيلعي ٤/ ١٠٣.

(١٠) انظر: شرح الخرشي على خليل ٥/ ١٧، ١٨.

(١١) انظر: المجموع للنووي ٩/ ٢٥٩. (١٢) انظر: المغني ٦/ ٢٩٥.





هذه أهم الشروط الواجب توفرها في العاقد إذا كان شخصاً حقيقياً.

ـ شروط الشخص الاعتباري:

مما يتصل بركن العاقد ربما كان هيئة عامة، أو خاصة، بمعنى أن الشخص الذي يقوم بالتعاقد لا يقوم على ذلك لمصلحة نفسه، ولا وكيلاً عن شخصٍ آخر مثله، وإنما يتولى ذلك عن مؤسسةٍ أو هيئةٍ قد تكون ذات ملكيةٍ عامةٍ، أو ملكيةٍ خاصةٍ، وآثار العقد تظهر على أملاك هذه الهيئة دون المتعاقد نفسه.

وهذا ما يعبر عنه في الوقت بالشخصية الاعتبارية[١].

وهذه الفكرة موجودةٌ في المؤسسات العامة لبيت المال، والوقف، والمسجد، وهي تشبه شخصية الأفراد غير المقيدين أو الأحرار في أهلية الملك، وإن المصلحة العامة تستتبع وجود هذه الشخصية المعنوية أو الاعتبارية لجماعة المسلمين[٢].

إذا ثبت هذا، فإن منح الامتياز من الدولة للغير يشترط فيه عدة شروط، هي:

١ ـ أن يكون منح الامتياز محققاً لمصلحة المسلمين؛ لأجل أن تصرف الإمام على الرعية فيما يتعلق بالأمور العامة، منوط بالمصلحة، وأنه لا ينفذ إلا إذا وافق الشرع، وأعظم الأمور العامة أموال بيت المال[٣].

---

(١) انظر: الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده د. فتحي الدريني، ص٢١٩، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ)؛ والفقه الإسلامي وأدلته د. وهبة الزحيلي ٤/ ١١، (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٥هـ).

(٢) انظر: دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. الشنقيطي ١/ ١٦٩.

(٣) انظر: الخراج للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، ص١٠٦، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون)؛ والأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم ١/ ١٢٣، (مكة المكرمة: مكتبة نزار الباز، ط١، ١٤١٧هـ = ١٩٩٦م)؛ والمنثور للزركشي ١/ ٣٠٩؛ والأشباه والنظائر لعبد الرحمن السيوطي، ص٢٣٣، ت: محمد المعتصم بالله البغدادي، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٤هـ = ١٩٩٣م)؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٣٣٧.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ: «إن الاختيار المفوض إلى الإمام اختيار مصلحةٍ، لا اختيار تشهٍّ، فيلزمه فعل ما يرى المصلحة فيه، ولا يجوز العدول عنه»(١).

٢ ـ أن لا يكون في منح الامتياز مخالفةً لشروط الشريعة الإسلامية أو قواعدها العامة.

٣ ـ كما يشترط في منح الشخص الاعتباري للامتياز أن لا يكون فيه إضرارٌ بالآخرين، فإن كان في منح الامتياز العام ضررٌ فلا يجوز(٢).

• **شروط صاحب الامتياز:**

يجوز أن يُمنح الامتياز لشخصٍ حقيقي أو اعتباري بشروطٍ وقيودٍ معينةٍ يجب توافرها في كلا الشخصيتين.

أما شروط صاحب الامتياز الحقيقي، فهي ما تقدم ذكره قريباً في شروط مانح الامتياز.

أما الشخص الاعتباري فيشترط في الجهةِ التي يُمنح لها الامتياز ما يلي:

١ ـ أن تكون مسلمةً أو ذميةً أو من دولةٍ معاهدةٍ، غير أنه لا يجوز أن يُمنح الامتياز لدولة محاربة، ولا لأحدٍ من أفرادها.

٢ ـ أن تكون مأمونة الجانب بالنسبة للمسلمين، لا يخشى على المسلمين منها.

٣ ـ أن تكون قادرة على الوفاء بالتزاماتها.

٤ ـ فإن كانت من دولةٍ معاهدةٍ، فيشترط أن لا يكون في المسلمين ولا في أهل الذمة من يقوم بهذا العمل.

---

(١) المغني ٤/ ١٩٠.

(٢) انظر: المغني ٥/٥٣٦؛ والبارع في إقطاع الشارع، لعبد الرحمن السيوطي ١/ ١٢٩، وهي رسالة ضمن كتابه الحاوي للفتاوي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون، ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م)؛ وشرح المجلة، لسليم رستم باز اللبناني ١/ ٢١ (م١٩)، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣)؛ والملكية في الشريعة الإسلامية للعبادي ١/ ٣٠٤.

٥ ـ أن تكون الدولة المسلمة قادرة على سحب الامتياز منها عندما ترى مصلحة المسلمين بذلك[١].

ثالثاً: محل الامتياز:

وهو الركن الثالث من أركان الامتياز، وهو ما وقع عليه التصرف، وظهرت فيه أحكامه وآثاره، وهو الغرض من الامتياز، والهدف الأساسي للعاقدين؛ لأنه المشبع لطموحهما في التعامل وتبادل المصالح[٢].

والمقصود بما يقع عليه الامتياز: أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعةً.

فالأعيان مثل: امتياز الأراضي.

والديون مثل: امتياز دين الأجرة والوقف والغصب.

والمنفعة مثل: امتياز منفعة الإرفاق وإحياء الموات ومواقع الحَمَلات.

شروط محل الامتياز:

تعود هذه الشروط في مجملها إلى كون المحل قابلاً لحكم التصرف شرعاً، وإلى خلوه عن كل ما يفضي إلى نزاع بين الطرفين.

وشروط محل الامتياز ـ في الجملة ـ هي[٣]:

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الميسرة، د. محمد رواس قلعه جي ١/٢٩٨، ٢٩٩، (بيروت: دار النفائس، ط١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م).

(٢) انظر: المدخل الفقهي العام، للأستاذ مصطفى الزرقا ١/٤٠٠، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٨هـ = ١٩٩٨م).

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٥٠٥؛ وبدائع الصنائع ٤/١٧٩؛ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لمحمد بن رشد القرطبي ٢/١٢٥، (بيروت: دار المعرفة، ط٨، ١٤٠٦هـ = ١٩٨٦م)؛ والفروق للقرافي ٣/٢٣٩؛ والشرح الصغير على أقرب المسالك، لأحمد بن محمد الصاوي مع حاشية محمد بن إبراهيم المبارك ٤/٢٣، ٢٤، (مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط بدون)؛ والمهذب للشيرازي ١/٣٤٧ وما بعدها؛ ومغني المحتاج ٢/١٦؛ والمغني ٦/٢٨٩ وما بعدها؛ ونظرية العقد والخيارات في الفقه الإسلامي، د. عبد العزيز الخياط، ص٧٥ ـ ٨٢، (الأردن: المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية، ط بدون، ١٩٩٤م)؛ ودراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ١/١٧٣ ـ ١٧٩.




١ ـ أن يكون المحل مالاً قابلاً لحكم الشرع، بحيث يجوز إتيانه شرعاً، فلا يصح في محلٍّ محرم أو تصرف محظور؛ لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان.

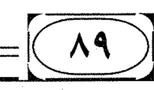
٢ ـ أن يكون موجوداً عند التصرف فلا يصح التصرف في المعدوم قبل وجوده.

٣ ـ أن يكون معلوماً، فلا يصح أن تكون فيه جهالةٌ تفضي إلى النزاع.

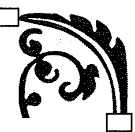
٤ ـ أن يكون مملوكاً لمانح الامتياز.

٥ ـ أن يكون مقدوراً على تسليمه.









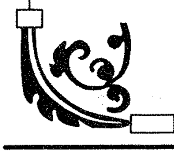
المبحث الثالث

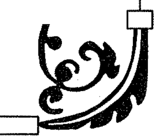
أسباب حق الامتياز

﴿ وفيه مطلبان:

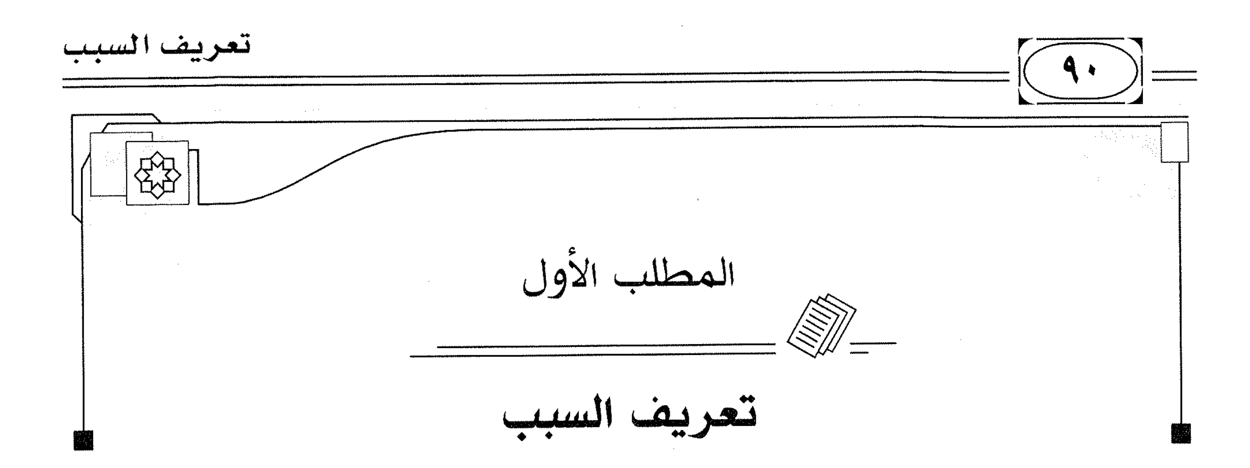
المطلب الأول: تعريف السبب.

المطلب الثاني: أسباب حق الامتياز.









المطلب الأول

تعريف السبب

أولاً: في اللغة:

السبب مفرد أسباب، ويطلق في اللغة على معانٍ عدة[١]، منها: الطريق، والحبل، والقرابة، والمودة، والوصلة، والذريعة.

وهذه المعاني بينها قدرٌ مشتركٌ، يتلخص في أن السبب هو: ما يتوصل به إلى غيره.

ثانياً: السبب في الاصطلاح:

قيل هو: «كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معرفاً لحكم شرعي»[٢].

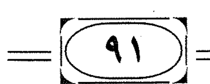
وقيل هو: «الذي يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته»[٣].

---

(١) انظر: الصحاح للجوهري، مادة: «سبب» ١/١٤٥؛ ولسان العرب، مادة: «سبب» ٤/١٩٠٩؛ والقاموس المحيط، مادة: «سبب»، ص١٢٣.

(٢) الإحكام في أصول الأحكام، لعلي بن محمد الآمدي ١/١٢٧، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٢هـ).

(٣) شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ص٨١، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٣٩٣هـ = ١٩٧٣م)؛ وانظر: البحر المحيط أصول الفقه، لمحمد بن بهادر الزركشي ٥/١١٦، قام بتحريره: د. عبد الستار أبو غدة، (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤١٣هـ = ١٩٢٢م)؛ والمستصفى، لأبي حامد الغزالي ١/٩٣، (بيروت: دار الفكر، ط بدون)؛ وشرح مختصر الروضة، لسليمان بن عبد القوي الطوفي ١/٤٢٥، ت: د. عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٠هـ = ١٩٩٠م)؛ وشرح الكوكب المنير، لمحمد بن أحمد الفتوحي ١/٤٤٨، ت: د. محمد الزحيلي وَ د. نزيه حماد، =

ومن هذين التعريفين: تتبين العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاحي، وهي:

أن المعنى الاصطلاحي للسبب خصص عموم المعنى اللغوي، فجعله ما يتوصل به إلى الحكم الشرعي.

= (مكة المكرمة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، ط بدون، ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م)؛ والسبب عند الأصوليين، د. عبد العزيز الربيعة ١/ ١٦٥.



المطلب الثاني

أسباب حق الامتياز

لا بد من وجود سببٍ يربط بين طرفي الامتياز بموضوعه؛ أي ينشئ الامتياز بين الطرفين[١].

وهذا السبب هو الذي يربط العناصر المادية (الطرفين والمحل)؛ لأن المصدر الذي ينشأ منه الامتياز ليس في الحقيقة إلا الحادث الذي ربط به الامتياز وجوداً وعدماً، وهذا معنى السبب[٢].

وأسباب الامتياز لا تخلو إما أن تكون راجعةً إلى الطرفين أو أحدهما، أو إلى صفة محل الامتياز.

وأسباب الامتياز المتعلقة بالمعاملات المالية راجعةٌ إلى خمسة مصادر كليةٍ[٣]، هي:

- **العقد**، وذلك في امتياز البيع والقرض ورأس مال السلم والرهن

---

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، لمصطفى بن أحمد الزرقا، ص٦٤.

(٢) انظر: المصدر نفسه.

(٣) المصدر نفسه، ص٩٨ وما بعدها.
ووجه انحصار هذه الأسباب في خمسة مصادر أن الوقائع إما طبيعية أو اختيارية، والوقائع الاختيارية إما أعمال مادية (الفعل النافع، والفعل الضار) أو تصرفات شرعية (العقد، والإرادة المنفردة)؛ والتصرفات الشرعية إما وحيدة الطرف أو متعددة، والشرع من وراء كل ذلك محيط، فهو الذي يحدد الآثار التي تترتب على الوقائع والأعمال.
انظر: الحقوق المعنوية د. عجيل النشمي العدد: الخامس ٣/ ٢٢٩٠، بحث في مجلة المجمع الفقهي.



وأموال المحجور عليه والأجرة والشفعة وإنتاج السلع والشركة والوكالات التجارية والإعلانات وعقد التوريد وبطاقة الامتياز وعقد المرافق العامة وأسهم الامتياز.

- **الإرادة المنفردة**، وذلك في امتياز الموصى له ودين الوقف.
- **الفعل الضار**، وذلك في امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة.
- **الفعل النافع**، وذلك في امتياز إحياء الموات والسبق إلى المباحات ومقاعد السوق والأوقاف ومواقع النسك واقتناء الكلاب والابتكار الذهني.
- **الشرع**، وذلك في امتياز دين النفقة.

أما أسباب امتياز الديون في القانون:

فهي راجعة إلى تلك الاعتبارات التي توخاها القانون بجعل بعض الديون والحقوق ممتازة دون بعضها الآخر. ومن ذلك:

١ ـ ما يرجع إلى اعتبارات إنسانية، كامتياز أجور الخدم والعمّال والكتبة؛ لأن هذه الأجور ضرورية لمعيشة الدائنين بها.

٢ ـ ما هو مبني على فكرة الرهن الضمني، كما في امتياز المؤجر وصاحب الفندق على أمتعة المستأجر ونزيل الفندق.

٣ ـ ما هو مبني على فكرة أن الدائن هو الذي أدخل الشيء في ملك المدين، كبائع العقار والمنقول وأجر المقاولين والمهندسين المعماريين.

٤ ـ ما هو مبني على اعتبارات أخرى غير ذلك[1].

---

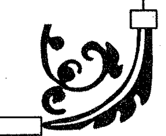
(١) انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري ١٠/ ٩٦٤ ـ ١٠٠٤؛ والامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية، د. عبد الله محمد عبد الله، ص٣٠١، بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net

الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

المبحث الرابع

خصائص حق الامتياز







المبحث الرابع

خصائص حق الامتياز

الخصائص جمع «خصيصة، وهي: الصفة التي تميز الشيء وتحدده»(١).

وعند النظر في الامتياز نجد أن خصائصه تختلف فيما بينها بسبب نوعية محل الامتياز؛ ولذا يمكن تقسيم خصائص حق الامتياز باعتبارات ثلاثة:

١ ـ امتياز الديون.

٢ ـ امتياز المنافع.

٣ ـ امتياز العقود.

أولاً: خصائص امتياز الديون:

يمتاز هذا النوع في القانون بالخصائص الآتية:

١ ـ الامتياز حق مصدره إرادة المقنن، فلا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص القانون، فحيث لا يوجد نصٌّ لا يمكن أن يوجد امتياز، ويترتب على ذلك أنه ليس للأفراد اعتبار حق ما ممتازاً إذا لم يقض القانون باعتباره ممتازاً، وعلى ذلك فإذا اتفق شخصان على اعتبار دينٍ ممتازاً فلا يعتد بهذا الاتفاق ما دام الدليل لم يقض باعتبار ذلك الدين من الديون الممتازة، ولا يكون لهذا الاتفاق ـ إن وقع ـ أيُّ أثر من الناحية القانونية.

«كما أنه لا يمكن التوسع في هذا المجال عن طريق القياس، فلا يجوز أن نعتبر ديناً ممتازاً؛ لأنه يشبه ديناً نص القانون على أنه من الديون الممتازة؛ لأن القاعدة العامة تقتضي بأنه يجب أن يعتبر الدائنون جميعاً متساوين في

(١) المعجم الوسيط، مادة: «خصَّ» ١/ ٢٣٨.



استحقاقهم لاستيفاء ديونهم من أموال المدين من غير تفضيل أحدهم على الآخر. في حين أن الامتياز يعتبر خروجاً عن هذه القاعدة؛ لأنه يعطي صاحبه الحق في استيفاء دينه الممتاز قبل غيره من الدائنين، ومعلومٌ أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه»[(١)].

٢ ـ الامتياز حق عيني، وهو لذلك يمنح صاحبه مزية التتبع ومزية الرجحان.

٣ ـ الامتياز حق عيني تابع، فهو يوجد لتوثيق الوفاء بالدين المضمون به، ويترتب على ذلك أن الامتياز يلازم الدين نشوءاً وانتقالاً وانقضاءً.

٤ ـ الامتياز حق غير قابل للتجزئة، فهو يبقى كاملاً على الشيء المثقل به حتى ينقضي الدين المضمون به بكامله، ما لم يتفق على غير ذلك.

٥ ـ يرد حق الامتياز على جميع الأموال، المنقولة منها وغير المنقولة، المادية والمعنوية.

٦ ـ الامتياز حق مقررٌ مراعاة لصفة الدين، ويترتب على ذلك أن الامتياز يبقى ولو تغير شخص الدائن، فإذا حول الدائن حقه الممتاز لآخر كان للدائن الجديد أن يفيد من الامتياز[(٢)].

ثانياً: خصائص امتياز المنافع:

المنفعة التي يرد عليها الامتياز على نوعين: عامة وخاصة.

• **خصائص المنفعة العامة[(٣)]:**

....

(١) الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص٤٩٣.

(٢) انظر: الحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ص٢٨٤، ٢٨٥؛ والحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، ص٤٩٢ ـ ٤٩٤؛ والتأمينات العينية ـ دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز لحسين عبد اللطيف حمدان، ص٦١٠ ـ ٦١٦، ف: ٣٩٦.

(٣) انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم ٧/ ٢٦٧، (دار الكتاب العربي، ط٢، بدون)؛ وحاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٤/ ١٩؛ وتحفة المحتاج ٦/ ١٣٠؛ =

١ ـ أن تكون المنفعة مباحةً شرعاً.

٢ ـ أن تكون للمنفعة قيمة معتبرة في المعاوضات.

٣ ـ أن تكون المنفعة ممكنة التحصيل، فما لا يمكن تحصيله لا يمكن الانتفاع به، فلا يصح المعاوضة عليه ولا يعد منفعةً.

• **خصائص المنفعة الخاصة**(١):

١ ـ أن تكون المنفعة مملوكة لأحد العاقدين أو مأذوناً له فيها.

٢ ـ إمكان استيفاء المنفعة مع بقاء العين.

٣ ـ إمكانية حصول المنفعة لمحصلها لا لغيره فقط.

٤ ـ أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها.

٥ ـ أن تكون المنفعة معلومةً بوصفٍ أو عادة.

ثالثاً: خصائص امتياز العقود:

يتميز العقد في الامتياز بأنه عقدٌ لازمٌ ـ وهو في هذه الدراسة دائرٌ بين البيع والإجارة والتوريد ـ وهذه العقود تتميز بأوصافٍ وخصائص عامةٍ، هي:

• **إن كان عقد الامتياز بيعاً، فإنه يتميز بالخصائص الآتية:**

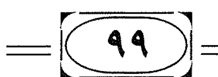
١ ـ أنه عقد رضائي ينعقد بمجرد اتفاق الطرفين على مضمونه.

٢ ـ أنه عقد ملزمٌ للطرفين وقت إبرامه إذا استكمل شرائط لزومه، ولا يجوز فسخ مثل هذا العقد إلا باتفاق العاقدين معاً؛ أي لا يفسخ بالإرادة المنفردة.

٣ ـ عقد معاوضة يستهدف فيه كلا الطرفين الحصول على منفعة مقابل ما يؤديه إلى الطرف الآخر.

= والإنصاف ٦/ ٢٥؛ وأحكام المنفعة والانتفاع، لعبد الله علي محمد، ص٣٣، وهي رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ مقدمة لقسم الفقه في كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢١هـ.

(١) انظر: أحكام المنفعة والانتفاع، ص٣٥، ٣٦.

٤ ـ عقد فوري التنفيذ تترتب عليه آثاره بمجرد انعقاده مستكملاً لشرائط نفاذه؛ أي من طبيعته التنفيذ الفوري ويمكن أن يتراخى تنفيذه باتفاق طرفيه.

٥ ـ عقد محددٌ يستطيع فيه كلا الطرفين أن يحدد عند إبرامه قيمة ما يأخذ بمقتضاه وقيمة ما يعطي دون أن يتوقف تحديد هذه القيمة على أمر احتمالي غير محقق الوقوع كما هو الحال في عقد الجعالة[١].

● **وإن كان عقد الامتياز إجارةً فإنه ينضاف إلى ما تقدم:**

١ ـ أن عقد الإجارة واردٌ على المنفعة؛ لأنه تمليك المنافع بعوض؛ أي أن محل عقد الإجارة هو المنفعة؛ لذا لا يجوز للمستأجر أن يتصرف في المأجور.

٢ ـ أنه عقد مدةٍ؛ لأن الزمن عنصرٌ جوهريٌّ فيه؛ لأن المنفعة تستوفى شيئاً فشيئاً مع الزمن، والزمن هو مقياس استيفاء المنفعة[٢].

● **وإن كان عقد الامتياز توريداً، فإنه يضاف على ما تقدم:**

أن عقد التوريد من عقود المقاولات؛ لأنه واردٌ على العمل، والمورِّد يعمل بإدارته ملتزماً بتقديم المادة أو السلعة أو الخدمة في زمنٍ مستقبلٍ متفق عليه، وهذا هو العنصر الجوهري في عقد المقاولة، وهو متحققٌ في عقد التوريد.

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ١/ ١٦٤؛ والكافي لابن قدامة ٢/ ٤؛ وعقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي د. علي أبو البصل، ص٣٣ ـ ٣٧، (دبي: دار القلم، ط١، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٣م).

(٢) انظر: العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني د. وهبة الزحيلي، ص٢١٦، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٩٨٧م)؛ وعقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي د. علي أبو البصل، ص٣٧.


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE



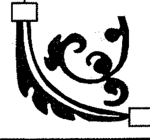


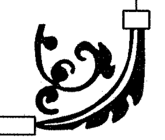




المبحث الخامس

أقسام حق الامتياز









المبحث الخامس

أقسام حق الامتياز

يمكن تقسيم الامتياز إلى نوعين رئيسين:

الامتياز الجائز والامتياز المحرم، والجائز يتنوع إلى مطلقٍ ومقيد، والمقيد ينقسم إلى امتياز مجرد وامتياز حقيقي.

وإليك بيان ذلك بالتفصيل:

أما **الامتياز الجائز**، فهو: الذي ينتفي عنه الضرر، وتدل نصوص الشريعة وقواعدها الكلية على مراعاته واعتباره.

وهذا النوع من الامتياز ينقسم إلى مطلقٍ ومقيد:

أما **الامتياز المطلق**، فهو: الذي لا يكون فيه تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يتعامل معه.

فيقول المانح للممنوح له: فوضت إليك أمر الامتياز لتعمل فيه حسب ما تراه.

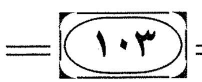
وأما **الامتياز المقيد**، فهو: المقيد بنوعٍ من التصرفات، كأن يُمنح له نوع واحد من الامتياز، أو يقيد بزمنٍ كسنةٍ أوْ نحوها، أو يقيد بالمكان كهذه الأرض مثلاً، أو يقيد بأشخاصٍ معينين كأن يتعامل مع فئةٍ معينةٍ من التجار أو نحو ذلك.

فالقيود إذن أربعة، هي: قيد نوع العمل، والزمان، والمكان، والمتعامل معه. فهذه القيود جائزة من حيث المبدأ[1].

---

(١) انظر: مدى مسؤولية المضارب والشريك عن الخسارة د. علي محيي الدين علي القره داغي، ص٢٦٠، ٢٦١، بحث ضمن كتابه (بحوث في الاقتصاد الإسلامي)، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٣هـ = ٢٠٠٢م).





والامتياز المقيد ينقسم إلى امتياز مجرد وامتياز حقيقي:

أما **الامتياز المجرد**، فهو: الذي لا يجري فيه تزاحم ولا تنطبق عليه قاعدة (من سبق إلى مباح فهو أحق به)، وهو الامتياز التقليدي الذي لم يتحول بعد إلى وعاء يحمل مزايا الشهرة، ولا يكون لصاحبه حقاً مالياً فيه.

وأما **الامتياز الحقيقي**، فهو: الذي يجري فيه التزاحم، وذلك بتحوله إلى وعاء شهرة يصبح بها دالّاً على مزايا وصفات معينة يختص بها محل الشيء وحده دون غيره[(١)].

وهذا الامتياز الحقيقي ينقسم إلى أنواعٍ كثيرةٍ، أهمها ما يأتي:

امتياز الديون[(٢)]:

وهو على نوعين:

الامتياز العام، وهو: ما كان محله جميع أموال المدين من منقول وعقار، وهو يخول الدائن حق التنفيذ على أي مال من أموال المدين المملوكة له عند التنفيذ ويستوفى حقه من ثمنها بالأولوية على غيره من الدائنين ولكن ليس له حق تتبع ما خرج من ملكية المدين قبل ذلك.

«ومعنى ورود حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين، يعني: أنها لا تَرِدُ على مال أو أموال معينة بذاتها، وإنما يكون لصاحب الحق الممتاز التقدم على ما لدى المدين من أموال وقت التنفيذ منقولات كانت أو

---

(١) انظر: الحقوق المعنوية ـ حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما ـ د. محمد سعيد البوطي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الخامس ٢٤١٦/٣.

(٢) انظر: أحكام الضمان العيني والشخصي د. السيد عيد نايل، ص٣٠٢، ٣٠٣، (الرياض: مطابع جامعة الملك سعود، ط بدون، ١٤١٩هـ)؛ والوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية د. السيد عيد نايل، ص١٤٣؛ والتأمينات العينية ـ دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز، ص٦١٧ ـ ٦٢٣؛ والامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس، د. عبد الله محمد عبد الله، ص٣٠١.



عقارات، دون النظر إلى ما كان لديه من أموال وقت نشوء الحق الممتاز؛ أي أن مركز الدائن صاحب الحق الممتاز لا يختلف عن مركز الدائن العادي إلا فيما يتعلق بحق التقدم»[١].

أما **الامتياز الخاص**، فهو: ما كان محله أحد أموال المدين المعينة من منقول أو عقار، وهو قد يكون امتيازاً عقارياً إذا كان محله عقاراً، مثل: امتياز دين العقار غير المبني، وقد يكون امتيازاً منقولاً إذا كان محله منقولاً، مثل: امتياز الناقل على الأشياء المنقولة.

وهذا الامتياز الخاص يخول الدائن سلطة التنفيذ على المال محل الامتياز واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين، وإذا خرج هذا المال من يد المدين كان للدائن حق تتبعه والتنفيذ عليه في يد من انتقلت إليه ملكيته.

الامتياز التجاري (الفرانشايز)[٢]:

وله أنواع متعددة، من أهمها:

١ ـ الامتياز الاستثماري:

وهو: أن يستثمر صاحب الامتياز مبلغاً كبيراً من المال لكي يحصل على امتياز في مجال أعمال عالي التكلفة، وغالباً يحتاج إلى إدارةٍ محترفة تتولى إدارة المشروع.

مثال ذلك: مشروعات الفنادق والمطاعم الكبرى التي تدار بنظام الامتياز.

٢ ـ امتياز الإدارة:

وهو: أن يقوم الحاصل على الامتياز بالسيطرة على وحداتِ مشروعٍ ما في عدة مناطق أو دولةٍ بكاملها، ويقوم بإدارة وتنسيق أعمال مجموعةٍ من المشغلين لتلك الوحدات.

(١) الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس، د. عبد الله محمد عبد الله، ص٣٠١.

(٢) انظر: الامتياز التجاري د. محمد بن دليم القحطاني، ص٣١ ـ ٣٣، (الأحساء: مطبعة الأحساء الحديثة، ط١، ١٤٢٤هـ).

٣ ـ الامتياز المهني:

ويتمثل هذا النوع في قيام الحاصل على الامتياز بإدارة عمله بنفسه في مجال مهني معين. مثل: الخدمات المالية، وأعمال السمسرة في الأوراق المالية، والاستشارات الإدارية. وفي هذا النوع لا يعتبر لجمال مكان العمل ومظهره أثر في رواج المشروع؛ إذ يعتمد على الخبرة الشخصية للقائم بالعمل.

٤ ـ امتياز التجزئة:

يتميز هذا النوع بإنفاق الحاصل على الامتياز مبالغ كبيرة في تجهيز محل البيع من حيث ملكية المكان والإنفاق على تأثيثه واستخدام بائعين وعمال مختلفين. وعلى خلاف نظام امتياز الاستثمار الذي يلجأ فيه الحاصل على الامتياز إلى جهة متخصصة لإدارة المشروع نيابة عنه لضخامته، فإن صاحب امتياز التجزئة غالباً ما يتولى إدارته وتشغيله بنفسه، والأمثلة على هذا النوع كثيرةٌ، مثل: محلات الملابس الجاهزة والمجوهرات وغيرها.

٥ ـ امتياز البيع (التوزيع):

يتميز هذا النوع أن الحاصل على الامتياز تكون مهمته الرئيسة البيع أو التوزيع المباشر للسلعة محل الامتياز في المنطقة المحددة له، ويكون ذلك عادةً باستخدام وسيلة متنقلة للبيع وتوصيل السلع للعملاء مباشرة، وقد يستخدم الحاصل على الامتياز مساعدين يقومون بالبيع والتوزيع إلى جانبه.

٦ ـ امتياز العمل:

وهذا أبسط أنواع الامتياز التجاري إذ يحتاج إلى استثمار بسيط، ويتمثل في قيام الحاصل على الامتياز بأداء خدمات، مثل: الصيانة والإصلاح للأجهزة وغيرها، وقد يقوم بالعمل من منزله أو سيارة متنقلةٍ.

٧ ـ امتياز الأنظمة والأطر:

وهذا هو النمط الأهم والأكثر شيوعاً في مجال الامتياز التجاري حالياً، ويقصد بهذا النوع الحالة التي يكون فيها المانح للامتياز قد نجح في تطوير فكرةٍ أو سلعةٍ أو نشاطٍ تجاري أو خدمي معين، ويمتلك فعلاً وحدات تباشر هذا النشاط بنجاحٍ ملحوظٍ في السوق حيث تكون السمعة التجارية للمشروع قد

استقرت، وتعرَّف المستهلكون عليه وأصبحوا يداومون على التعامل معه ما يكون المانح قد تمكن من امتلاك وتسجيل حقوق المعرفة الفكرية والاسم والعلامات التجارية الخاصة به، وأصبحت محميةً بالقانون.

وفي هذا النوع تتضح العلاقة الاعتمادية بين المانح والحاصل على الامتياز، فكل منهما يقدم أشياء يحتاجها الآخر، وكل منهما يستفيد من العمل.

امتيازات دبلوماسية(١):

وهي تجري بين الحكومات، ولها نطاق وأصول خاصة.

امتيازات اقتصادية(٢):

تكون الحكومة طرفاً فيها، وتغطي عدة استثمارات كالمياه، والكهرباء، والمرافئ، والأفنية، وسكك الحديد، والمعادن على أنواعها وغيرها.

وأما النوع الثاني من الامتياز فهو **الامتياز المحرَّم**(٣):

وهو الذي يقصد به الضرر والتضييق على الناس في معيشتهم، ويخالف النصوص الشرعية والقواعد الكلية؛ إذ هو نوع من أنواع الاحتكار المحرم.

وذلك كالامتياز الذي تحوز عليه شركات عالمية ضخمة تنشر العري

---

(١) انظر: أمان الرسل في الشريعة الإسلامية د. الدين الجيلاني محمد بو زيد، ص٢٢٠، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٨، السنة الخامسة عشرة ـ محرم ـ صفر ـ ربيع أول ـ ١٤٢٤هـ؛ والقانون والسيادة وامتيازات النفط د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، ص٢٩.

(٢) انظر: عقد الامتياز ـ دراسة تأصيلية للعقود النفطية ـ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ص١٣٢، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥، السنة الرابعة عشرة، الرياض: ١٤٢٤هـ؛ والقانون والسيادة وامتيازات النفط د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، ص٢٨.

(٣) انظر: التاج والإكليل شرح مختصر خليل لمحمد المواق مطبوع بهامش مواهب الجليل ٤/٣٧٩، (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ = ١٩٩٢م)؛ ونهاية المحتاج ٥/١٤٥ ـ ١٤٦؛ وحاشية قليوبي ٣/٢٦؛ وحاشية الجمل على شرح المنهج لسليمان بن عمر الجمل ٣/٤٧١، (بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، ط بدون)؛ والاحتكار للدوري ص١٣٧.



والفساد والمجون، أو يكون محل الامتياز محرَّماً كمنح الامتياز لشيءٍ مأخوذٍ غصباً أو سرقةً.

ومن ذلك **الامتياز السلبي**:

كاتفاق أرباب نوعٍ من المعامل مع أحدهم أن يغلق معمله كي ينحصر الإنتاج بهم لقاء عوضٍ شهري يدفعونه إليه، كما يجري اليوم بين أرباب المطاحن ونحو ذلك من الموضوعات السلبية في التصرفات.

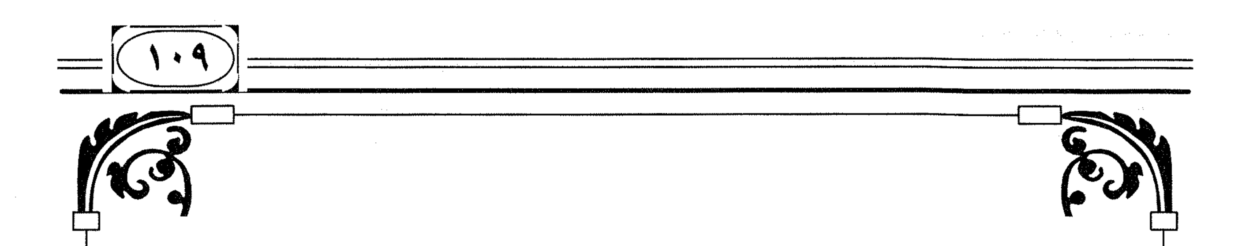
فهذا التصرف على الامتناع عن فعل سائغ غير معتبر في الفقه الحنفي(١)؛ لأن من المقرر لدى الحنفية أن الإنسان لا يلزم بتحمُّل الضرر المحض وإن رضي به، والامتناع عن عملٍ سائغ مشروع هو ضرر لصاحبه(٢).

(١) انظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام للقاضي محمد بن فراموز الشهير بمنلا خسرو، في البيع الفاسد ٢/ ١٧٠ (مصر: ط بدون).
(٢) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا، ص٨٦.



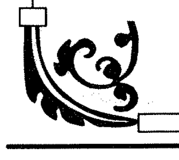

شبكة
الألوكة
www.alukah.net

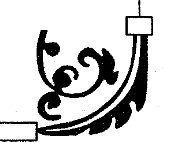

الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE



المبحث السادس

حكم حق الامتياز









المبحث السادس

حكم حق الامتياز

لم يرد في الكتاب أو السنة أو كلام الفقهاء مصطلح الامتياز بالمعنى المذكور، وإن كان ورد معناه في الكتاب والسنة غير صريح، ومن ذلك:

أولاً: القرآن:

قال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

فقد جعل الله ﷻ الرهن وثيقةً بالحق يقتضي استيفاء الحق من الرهن في حال الامتناع عن الوفاء، سواء كان الامتناع مقصوداً أو غير مقصود، ولو كان الحق الذي به الرهن والحق الذي ليس به الرهن سواء لما كان في الرهن في هذا المجال فائدة[١].

ثانياً: السنّة:

ما رواه أبو هريرة[٢]، أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند إنسان أو رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره»[٣].

---

(١) انظر: الامتيازات الاتفاقية على الديون د. محمد سليمان الأشقر ١/١٦٦.

(٢) هو: عبد الرحمن بن صخر الدوسي، اختلف في اسمه اختلافاً كثيراً، أسلم عام خيبر، وفيه هاجر وشهد الغزوة، ولزم النبي ﷺ فأصبح أكثر الصحابة حفظاً ورواية للحديث، تولى إمارة المدينة مدة، كان حاد الذهن، قوي الذاكرة، كثير العبادة، توفي بالمدينة، سنة ٥٩هـ.

انظر ترجمته في: الاستيعاب ٤/٣٣٢؛ وأسد الغابة ٣/٤٥٧؛ والإصابة ٧/١٩٩.

(٣) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، برقم: ٢٤٠٢، واللفظ له؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري، وقد أفلس، فله الرجوع فيه، برقم: ١٥٥٩.



فهذا نوع من الامتياز، وهو وإن كان لا يسترد الثمن بل عينَ ما باع إلا أنه امتياز على كل حال، بل قد يكون خيراً من استرداد الثمن، وذلك في حال ارتفاع الأسعار مثلاً[١].

قال الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ عن هذا الحديث: (لو أن حاكماً حكم أنه أسوة الغرماء ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث جاز له نقض حكمه)[٢]. فدل على أن له امتيازاً على غيره من الغرماء.

إن حق الامتياز الممنوح من الدولة أو من غيرها يعدُّ اليوم بحسب الأعراف السائدة حقاً جائزاً؛ لأنه أصبح ذا قيمةٍ ماليةٍ، وله دلالة تجاريةٌ معينةٌ، يحقق رواج الشيء الممتاز، ويعد شيئاً مملوكاً لصاحبه لمزاياه المذكورة وتحقيقه صفة الرواج، ومن المعلوم أن الملك يفيد الاختصاص أو الاستبداد (الاستقلال) أو التمكن من الانتفاع بالشيء المملوك[٣].

ومما يؤكد أن للامتياز قيمة مالية ما أورده الفقهاء المعاصرون[٤] بشأن جواز بيع الاسم التجاري والتنازل عنه، وأحقية المؤلف فيما ألفه وكتبه وجواز أخذ المقابل عليه حيث يمكن أن يستدل لجواز التصرف في الامتياز والتنازل عنه وأخذ المقابل عليه ببعض ما استدلوا به لجواز التصرف في الاسم التجاري، وبما استدلوا به في شأن حق المؤلف وأخذ العوض عليه، وذلك

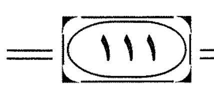
---

(١) انظر: الامتيازات الاتفاقية على الديون ١/ ١٦٦.

(٢) المغني ٦/ ٥٣٩.

(٣) انظر: عقود جديدة، د. وهبة الزحيلي، ص٢٤، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ـ كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد: الثاني، رمضان ـ ١٤٠٨هـ = ١٩٨٨م.

(٤) انظر: حق الإبداع أو الابتكار د. وهبة الزحيلي، ص٥٨٨، ٥٨٩؛ والفقه الإسلامي والحقوق المعنوية د. عبد السلام العبادي العدد الخامس ٣/ ٢٤٧٢، بحث ضمن مجلة المجمع الفقهي؛ والسمعة التجارية وأحكامها في الفقه والنظام، إعداد: عبد الواحد حمد المزروع، ص٤٥٠ ـ ٤٥٢، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض، عام: ١٤٢٢هـ؛ والعلامة التجارية وأحكامها في الفقه والنظام، إعداد: منصور بن عبد العزيز المنصور، ص١٧٧ وما بعدها.





على النحو الآتي(١):

١ ـ إن الأصل في باب المعاملات الحِل والجواز، ما لم تصادم نصاً أو قاعدة من قواعد الشرع، وذلك بعداً عن الحرج والعنت، سيما ولا دليل يمنع من اعتبار حق الامتياز.

٢ ـ إن الامتياز شبيهٌ بالحق المستقر في العين، وأنه التحقَ في عرف التجار بالأعيان.

٣ ـ الاستدلال **بالعرف** حيث جرى العرف على اعتبار حق الامتياز، كما جرى العرف على التصرف في الامتياز وأشباهه من الحقوق والتنازل عنه، وهو عرفٌ معتبر حيث لم يصادم نصاً أو أصلاً من أصول الشريعة. وهذا ينطبق على كل إنتاج فكري أو إبداع أدبي أو فني أو صناعي، لما له من قيمةٍ مالية بين الناس عرفاً. وخصائص الملك شرعاً تثبت فيه، وهي: الاختصاص الذي هو جوهر حق الملكية. والمنع؛ أي منع غيره من الاعتداء عليه إلا بإذن صاحبه.

٤ ـ إن الامتياز حق لصاحبه؛ إذ هو نتاج عمله وجهده وعنائه وتعبه وإتقانه العمل، فصار حقاً أصيلاً ملازماً له، ومن المقرر أن أصول الشريعة

---

(١) انظر: بيع الحقوق المعنوية، د. عجيل النشمي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الخامس/٣/٢٣٤٧؛ وبيع الحقوق المجردة، للشيخ محمد تقي العثماني، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الخامس/٣/ ٢٣٨٤؛ والحقوق المعنوية ـ حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما، د. محمد سعيد رمضان البوطي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الخامس/٣/٢٤١٦؛ والفقه الإسلامي والحقوق المعنوية، د. عبد السلام العبادي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الخامس/٣/ ٢٤٧٩؛ ومناقشة البحوث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، د. توفيق الواعي، والشيخ عبد الله بن منيع، وزكي الدين محمد قاسم، العدد: الخامس/٣/٢٥٣١، ٢٥٣٦، ٢٥٤١؛ وعقود جديدة، د. وهبة الزحيلي، ص٢٢؛ والمعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص٦٧؛ والاسم التجاري ـ دراسة مقارنة ـ، إعداد: عبد الكريم بن محارب الزامل، ص١٢٧ ـ ١٣٤.

تقوم على حفظ حقوق الآخرين وتحريم الاعتداء عليها.

٥ ـ كما أن إقرار حق الامتياز يعتبر حمايةً للمستهلك من الغرر والإضرار الذي ربما يفعله من يحتال على الناس.

٦ ـ كما أن الامتياز منفعةٌ متقومة؛ لأنه نتاج جهود التاجر الفكرية ونشاطاته العملية، والمنفعة مال على التحقيق، وعليه فالامتياز يُعدُّ مالاً يجوز فيه المعاوضة.

٧ ـ من المعلوم أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان ـ لو كان ثَمَّ منع ـ، كيف وقد قرر كثير من المحققين: أن ما عده الناس بيعاً فهو بيع، وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ(١): «وأيضاً: إن العقود يرجع فيها إلى عُرف الناس، فما عدّه الناس بيعاً وإجارة أو هبة: كان بيعاً وإجارة وهبة، فإن هذه الأسماء ليس لها حد في اللغة والشرع، وكل اسم ليس له حد في اللغة ولا في الشرع، فإنه يرجع في حده إلى العرف».

٨ ـ كما يمكن أن يخرج حق الامتياز على مقتضى قاعدة **المصالح المرسلة**؛ لأنه جاء لتحقيق مصالح حاجية، ويتحقق ذلك في ناحيتين:

في ناحية كونه ملكاً منصباً على مال؛ أي كونه حقاً عينياً مالياً، إذ المصلحة فيه خاصة عائدة إلى مانح الامتياز، ويفيد رواج السلعة، وازدياد الحركة التجارية، والناحية الثانية أن فيه مصلحة عامة مؤكدة راجعة إلى المجتمع الإنساني كله، وهي الحصول على أحسن المنتجات، ووقوع المنافسة المشروعة، وحماية المستهلكين من الوقوع في الغش واللبس.

والمصلحة المرسلة بنوعيها مرعية في الدين، تبنى عليها الأحكام؛ لأنها من مباني العدل والحق.

يقول العز بن عبد السلام رَحِمَهُ اللَّهُ(٢): «أما مصالح الآخرة وأسبابها،

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٢٧؛ وانظر: المجموع للنووي ٩/١٤٩.

(٢) هو: عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الدمشقي، أبو محمد عز الدين الملقب بـ(سلطان العلماء)، فقيه شافعي، ولد سنة (٥٧٧هـ) ونشأ في دمشق، اشتُهر بالأمر =

ومفاسدها وأسبابها فلا تعرف إلا بالشرع، فإن خفي منها شيءٌ طلب من أدلة الشرع، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس المعتبر والاستدلال الصحيح، وأما مصالح الدنيا وأسبابها، ومفاسدها وأسبابها فمعروفة بالضرورات والتجارب والعادات والظنون المعتبرات، فإن خفي شيء من ذلك طلب من أدلته، ومن أراد أن يعرف المناسبات والمصالح والمفاسد، راجحهما ومرجوحهما، فليعرض ذلك على عقله بتقدير أن الشرع لم يرد به ثم يبني عليه الأحكام، فلا يكاد حكمٌ منها يخرج عن ذلك إلا ما تعبد الله به عباده ولم يَقِفْهُم على مصلحته أو مفسدته، وبذلك تعرف حسن الأعمال وقبحها»(١).

٩ ـ كما أن الاسم التجاري يجعل للشخص سلطة على شيء غير مادي، وإذا ملكه فإنه يحتفظ بثمرة جهده الفكري وإنتاجه الذهني، وله احتكار المنفعة المالية التي يمكن الحصول عليها من تلك الحقوق.

١٠ ـ كما أن الاسم التجاري، والعلامة التجارية، وحق المؤلف، تحرز بإحراز شهاداتها، وتدخر لوقت الحاجة، فكذلك حق الامتياز.

١١ ـ كما أن ولي المسلمين ملزم بحفظ الدين على أصوله المستقرة، ورعاية شؤون المسلمين، والإشراف على تنفيذ أحكام الشريعة فيهم، وله في ذلك سلطان كبير، ومهام متشعبة، هدفها جميعاً حفظ الدين، وصلاح الدنيا، كما يحقق المصالح العامة للمسلمين بحسب ما تدعو إليه حاجتهم من إصدار الأنظمة التنفيذية لذلك.

= بالمعروف والنهي عن المنكر، من كتبه: التفسير الكبير، وقواعد الأحكام، وغيرها، توفي بمصر سنة (٦٦٠هـ) ودفن بالقرافة.

انظر ترجمته في: العبر في خبر من غبر للذهبي ٣/ ٢٩٩، ت: أبو هاجر محمد السعيد زغلول، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٨/ ٢٩٠، ت. د. محمود الطناحي وَ د. عبد الفتاح الحلو، (مصر: دار هجر، ط٢، ١٤١٣هـ = ١٩٩٢م)؛ وشذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد ٧/ ٥٢٢.

(١) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام للعز بن عبد السلام ١/ ١٣ ـ ١٤، ت: د. نزيه حماد وَ د. عثمان ضميرية، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ = ٢٠٠٠م).

ولكن الشريعة لم تمنحه هذا الحق على أن له إصدار ما يراه دون الرجوع إليها، وإنما منحته ذلك باعتبار أنه في حقيقة الأمر مطبق للشريعة، ومنفذ لمقاصدها العامة في تدبير شؤون الدولة ليؤتى ثماره من الطاعة والخضوع لأوامره، وهو ما يسمى بالنيابة الشرعية.

ومجال وضع الأنظمة هو في الأمور الدنيوية، وليس العقدية أو العبادات، فتكون هذه الأنظمة في باب المعاملات والمصالح.

ومن ذلك تنظيم الأحكام المتعلقة بتداول المال، والبيع والشراء، وكيفية الاستثمار، وما يدخل في النظام الاقتصادي، وقد يقتضي ذلك تغييره لبعض الأحكام والأنظمة بحسب ما يرتبط بالاتصال بالمصالح الطارئة أو المفاسد المتجددة.

ومن ذلك ما يتعلق بحق الامتياز، إذ إن وضعه يعتبر باباً من **السياسة الشرعية**، وحفظ حقوق الناس، وإثراء للحياة الاقتصادية.

وبناءً على هذا المنهج الأصولي فإن حق الامتياز يحقق المصالح للمكلفين، وقد ظهرت هذه المصالح بالتجارب والعادات، وهذه المصالح معتبرةٌ شرعاً، ومن هنا يكتسب حق الامتياز مشروعيته واعتباره الشرعي، فيختص به صاحبه، ويستأثر بنتاجه ونفعه، وله الحق في منع الاعتداء عليه، أو الإضرار به.

وبالمقابل فإنه إذا كان الامتياز في إنتاج السلع أو تسويقها أو تقديم الخدمات أو غير ذلك، يؤدي إلى الإفساد أو ذرائعه أو الضرر أو اشتمل على الغرر والغش والتدليس أو أصبح نوعاً من أنواع الاحتكار لمورد من موارد الاقتصاد العام وتكديساً للثروة في أيدي أفراد، فإنه يصبح محرماً في هذه الصور كلها؛ لما فيه من الإضرار بالمسلمين، والتضييق عليهم. والله أعلم.



الفصل الثاني

مقتضى حق الامتياز وانقضاؤه

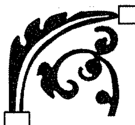
ويحتوي على مبحثين:

المبحث الأول: مقتضى حق الامتياز.

المبحث الثاني: انقضاء حق الامتياز.








المبحث الأول

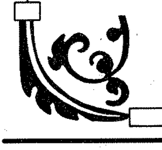
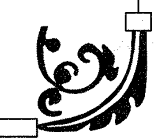
مقتضى حق الامتياز

ويحتوي على ثلاثة مطالب:

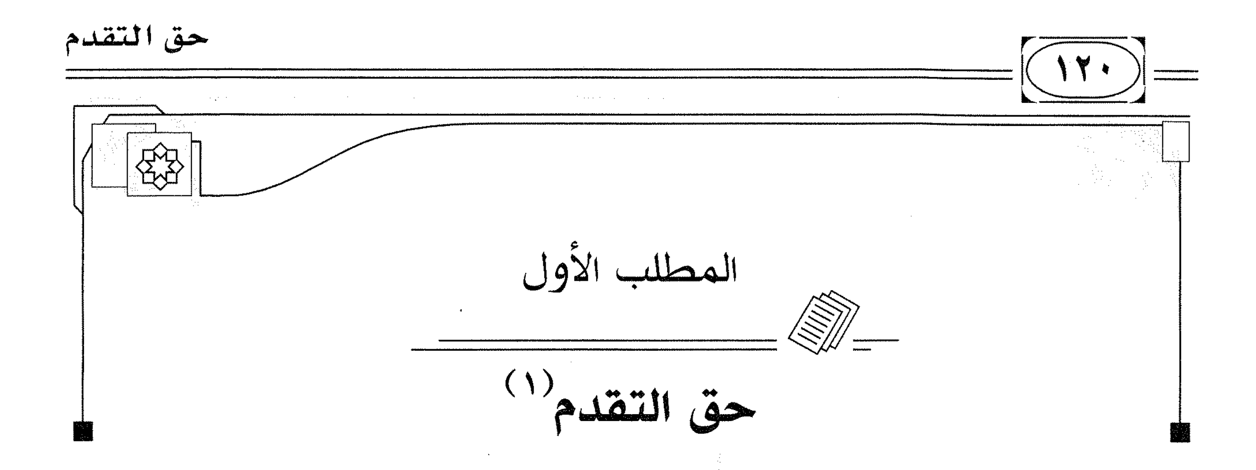
المطلب الأول: حق التقدم.

المطلب الثاني: حق التتبع.

المطلب الثالث: تزاحم الحقوق.





المطلب الأول

حق التقدم(١)

حق الامتياز هو حق ممنوح لأنواعٍ معينةٍ من الديون والمنافع والعقود، ولا يتحقق هذا الحق إلا عند تزاحم عدةٍ حقوق على التصرف فيها ولأحدها حق التقدم على غيره، فيكون لهذا الدين أو المنفعة أو العقد حق الأولوية أو حق التقدم.

ومن ذلك يتبين أن الحق العيني التبعي الذي يتمتع صاحبه بالامتياز لا يكون إلا تابعاً لدين أو منفعة أو لعقد، ومن ثَمَّ يسمى: حقاً تبعياً؛ لأنه تبع لمحل الامتياز فيبقى ببقائه، ويسقط بسقوطه(٢).

وحق التقدم أو حق الأولوية ينتج من صفة الامتياز للحق العيني كما في امتياز دين الرهن، كما يكون أيضاً صفة للحق المعنوي كما في امتياز الابتكار الذهني.

وعلى هذا قرر الفقهاء: أن حق المرتهن في استيفاء دينه من العين المرهونة مقدمٌ على حقوق بقية الدائنين العاديين طبقاً لمرتبة هذا الدين، كما سيأتي بيانه ـ إن شاء الله ـ(٣).

---

(١) التقدم في اللغة مشتق من معنى السبق، تقول: تقدمت القوم: إذا سبقتهم وصرت قدامهم، ويقال: قَدَمَ فلان قُدُماً: تقدَّم، وقَدَمَ القوم قدْماً وقدوماً: سبقهم فصار قدامهم؛ انظر: لسان العرب، مادة: «قدم» ٦/ ٣٥٥٢؛ والقاموس المحيط، مادة: «قدم»، ص١٤٨٠.

(٢) انظر: الحق والذمة وتأثير الموت فيهما، للشيخ علي الخفيف، ص٦٦ ـ ٨٠، (القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، ط بدون، ١٣٦٤هـ = ١٩٤٥م)؛ والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا، ص٣٤.

(٣) انظر: ص١٩٦.



أما الدائنون الشخصيون العاديون فمهما كان مصدر حقهم أو تاريخه فلا امتياز لأحدهم في التقدم على سواه، بل توزع عليهم أموال المدين بنسبة ديونهم.

وقد نص فقهاء الحنفية على أن البائع لو مات مفلساً قبل تسليم المبيع المعين، فالمشتري أولى به من سائر الغرماء بخلاف ما لو مات مفلساً قبل أداء الثمن والمبيع قائمٌ في تركته؛ إذ يكون البائع أسوة الغرماء.

يقول الشيخ مصطفى الزرقا رَحِمَهُ اللهُ[1]: «الأصل في الحق الشخصي أنه لا يخول صاحبه امتيازاً إلا بنص خاص استثنائي. وقد وجد هذا الامتياز الاستثنائي شرعاً وقانوناً لبعض الحقوق الشخصية لاعتبارات خاصة:

١ ـ فمن هذه الاعتبارات ما يرجع إلى الشك والريبة في الحق المزاحم، وذلك كما في تقديم دين الصحة على دين مرض الموت.

٢ ـ ومنها ما يرجع إلى الضرورة، وذلك كتقديم حق تجهيز الميت وتكفينه على ديونه: فعند الشافعية[2] والحنابلة[3] يقدم ذلك على جميع الديون، وعند الحنفية[4] إنما يقدم على الديون العادية فقط؛ أي غير الموثقة

---

(١) هو: مصطفى بن أحمد بن محمد الزرقا، فقيه حنفي، وعالم معاصر، مولع بالأدب، ولد بحلب سنة (١٣٢٢هـ)، جمع بين علوم الشريعة وبعض العلوم العصرية: من هندسة ورياضيات، وله مشاركات علمية، وسياسية، من مؤلفاته: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، وهو المدخل الفقهي العام، وعقد البيع، والاستصلاح، وله بحوث ومشاركات في مجمع الفقه الإسلامي، توفي في الرياض سنة (١٤٢٠هـ).
انظر ترجمته في: شخصيات وأفكار، بقلم: مجد بن أحمد مكي، إعداد: مركز الراية للتنمية الفكرية، (دمشق: مركز الراية، ط١، ١٤٢٥هـ)؛ وعلماء ومفكرون عرفتهم، لمحمد المجذوب ٢/٣٤٣، (الرياض: دار الشواف للنشر والتوزيع، المطبعة الفنية، القاهرة، ط٤، ١٩٩٢م).

(٢) انظر: الاستغناء في الفرق والاستثناء، لمحمد بن أبي سليمان البكري ٢/٤٣٧، ت. د. سعود الثبيتي، (مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ط١، ١٤٠٨هـ).

(٣) انظر: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي مع الشرح الكبير ٦/١١٨، ١١٩، ت. د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٥هـ = ١٩٩٥م).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٤٨٤؛ ومجلة الأحكام العدلية، ص١٩٣، م: ١٦٠٢، (الأردن: دار الثقافة، ط١، ١٩٩٩م).





باحتباس عين معينةٍ لاستيفائها منها، أما الديون الموثقة فتقدم على التجهيز والتكفين كدين المرتهن، وثمن المبيع قبل تسليمه.

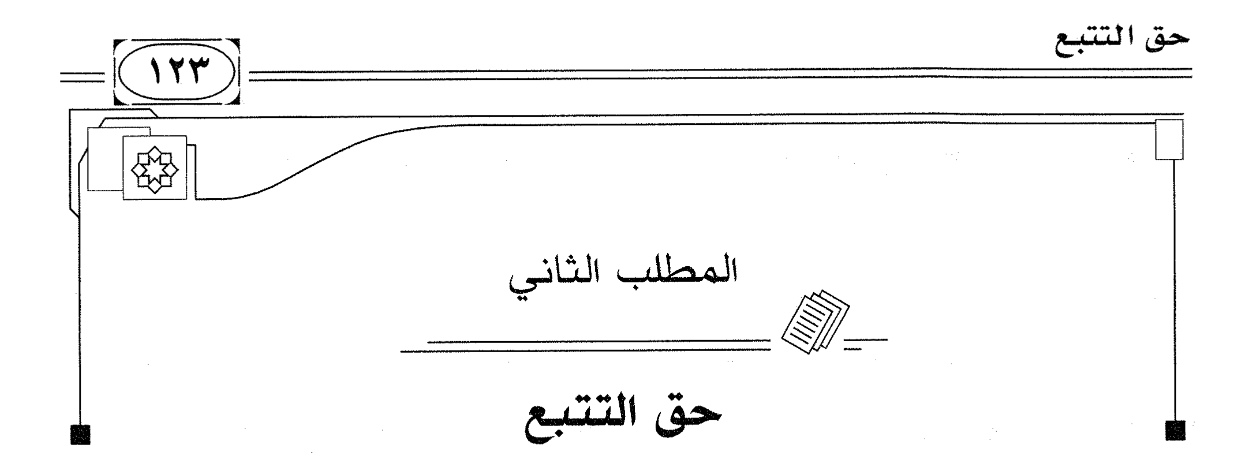
ومن امتياز الحق الشخصي للضرورة قانوناً تقديم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء بمقتضى الأحكام القانونية لدينا؛ لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها.

٣ ـ ومنها ما يعود إلى رجحان حق عام على حق خاص، وذلك كامتياز ديون الضرائب الحكومية على ديون الناس العادية فتستوفى أولاً من طابق المفلس أو تركته في الأحكام القانونية»[١].

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام للزرقا، ص٣٤ ـ ٣٥.







المطلب الثاني

حق التتبع

من مزايا الحق العيني المتناسبة مع طبيعته أن لصاحبه حق التتبع، فله أن يتبع الشيء المتعلق به في أي يدٍ انتقل إليها، ولفظ التتبع من الاصطلاحات القانونية العصرية التي لم تكن معروفة على ألسنة الفقهاء غير أن معناه عندهم مألوف إذ يقصد به حفظ الحق المالي لصاحب الحق العيني.

ومعنى حق التتبع، هو: «الحق في اقتفاء عين معينةٍ بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها أو لاستيفاء منفعة منها»[١].

وحق التتبع بهذا المعنى يختلف عن الحق الشخصي الذي لا يخول صاحبه تتبعه؛ لأنه ليس بالحق الوارد على شيءٍ ـ كالحق العيني ـ حتى يلازم الشيء ويتتبعه في أي يدٍ يكون... فحق التتبع تقتضيه طبيعة الحق العيني ذاته بحيث نجده ملازماً للحقوق العينية[٢].

ومن هنا يرتبط حق التتبع بالامتياز؛ إذ يقوم أساس هذا الحق على تمكين مانح الامتياز من تتبع الشيء الممتاز.

ولحق التتبع أسباب تُنْشئُه، منها:

١ ـ قد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق الحقوق بالأعيان لذاتها كما إذا كانت العين نفسها أو منافعها ملكاً لمتتبعها أو كان له حق ارتفاق عليها، فيستولي عليها ليتمكن من التصرف أو الانتفاع بها، فذلك في الحالين نتيجة لتعلق الحق بذات العين.

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص٣٢.

(٢) انظر: حق المؤلف د. نواف كنعان، ص١٥٤.



٢ ـ وقد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق حق بعين بالنظر إلى ماليتها لا إلى ذاتها وصورتها، وذلك في حق الامتياز وحق الارتهان وحق الاحتباس، فإن هذه الحقوق ما شرعت إلا لتكون وسائل لتوثيق الديون في الابتداء واستيفائها في النهاية عندما تجعل الأعيان المتعلقة بها محلّاً للوفاء فتباع لأجل هذا الغرض؛ وذلك بسبب ما تقتضيه من أولوية صاحبها على غيره من الغرماء في الاستيفاء. وفي هذه الحال لا يظهر حق التتبع لذات العين؛ لأن المقصود منها هو ماليتها، فإذا استبدلت بها قيمتها المالية تعلقت هذه الحقوق بتلك القيمة وانتقلت إليها، ولا تقتفى العين ذاتها حينئذٍ كما لو باع الراهن المرهون بإذن المرتهن إذ ينتقل الرهن إلى البدل(١).

٣ ـ وقد يكون حق التتبع ناشئاً عن تعلق الحقوق شبه العينية(٢) بالنظر إلى قابليتها للتملك كحق الشفعة، وحق المجاهدين في الغنيمة بعد إحرازها، وحق المجني عليه في العبد الجاني.

ففي هذه الأحوال أقر الفقهاء لصاحب الحق أن يطالب بالشيء عيناً ولو لم يعتبر ملكاً له بعد، وله أيضاً أن يتتبعه في الأيدي التي ينتقل إليها(٣)؛ لأن حق التتبع من مستلزمات هذا الحق(٤).

وهذا كله له فائدة كبرى في حفظ الحق المالي لمانح الامتياز وذلك أن المال الذي يحصل عليه مانح الامتياز في أول مرة يكون قليلاً، وهذا الحق

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص٣٢؛ والحق والذمة للشيخ علي الخفيف، ص٧٩؛ والمقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي لسيد عبد الله علي حسين ٣/١٠٦٦؛ والملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، د. ثروت عبد الرحيم، ص٣١، ٣٢، (الرياض: جامعة الملك سعود، ط١، ١٤٠٧هـ).

(٢) أي فيه شيء من العينية، وإن لم يكن فيه معناها كاملاً، وهو ما يعبر عنه الفقهاء: حق الشخص في أن يتملك؛ انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص٤٩.

(٣) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ص٤٩.

(٤) انظر: الوسيط، د. السنهوري ١٠/٩٥٦، ف: ٦٨٤.

يتزايد ثمنه في السوق كلما تقادم به العهد فيكون لصاحبه حق تتبعه ليعوض ما قد يصيبه من غبنٍ عند بيعه لأول مرةٍ[١].

كما يكون حق التتبع في الشيء المادي، ويسمى تتبعاً مادياً يكون أيضاً في التتبع المعنوي.

مثال ذلك:

«العين المرهونة في حيازة الدائن المرتهن ثم باعها مالكها إلى مشتر مع بقاء العين في حيازة الدائن المرتهن. هنا، وبغير حق التتبع لا يستطيع الدائن المرتهن أن ينفذ على العين مع أنها في حيازته؛ ذلك لأن ملكيتها قد انتقلت إلى المشتري، فلا يستطيع الدائن المرتهن أن يبيعها في مواجهة المشتري، ما لم يكن له حق تتبع العين وهي في يد المشتري بعد أن انتقلت ملكيتها إلى هذا المشتري»[٢].

كما أن القانونيين يذكرون حق التتبع في فروعٍ كثيرةٍ لحق امتياز الديون، ومن أمثلة ذلك:

١ ـ امتياز الحكومة في الضرائب والرسوم يخولها حق التتبع[٣].

٢ ـ كما يثبت حق تتبع المنقول لمن حفظ المنقول ورممه؛ لأن حق التتبع من مستلزمات هذا الحق ما لم يقع الشيء في حيازة حائز حسن النية فيكون حق الحائز حسن النية مقدماً على حق حافظ المنقول ومرممه[٤].

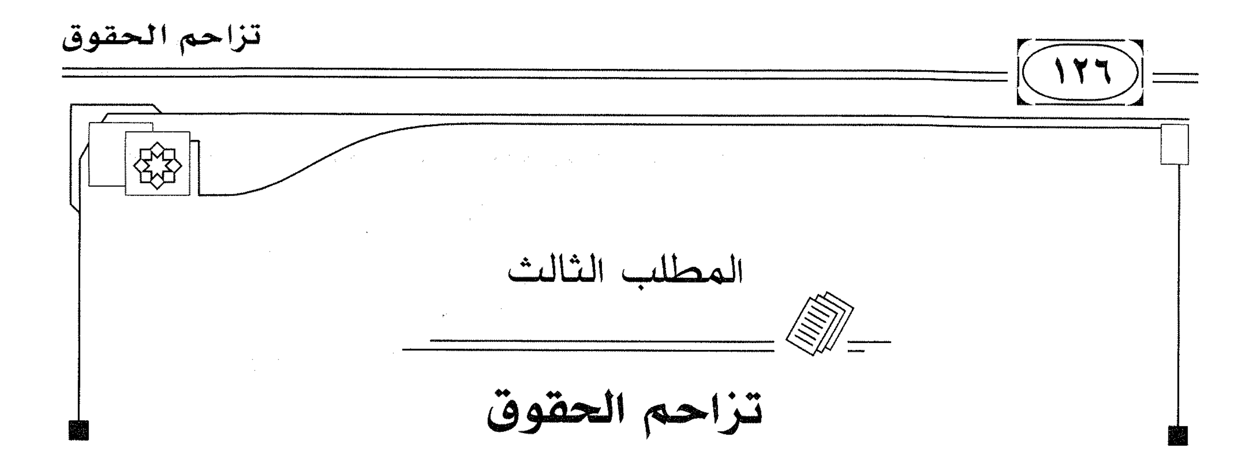
٣ ـ كما يثبت حق التتبع لصاحب الفندق للأمتعة الموجودة فيه إذا أخرجت دون علمه أو بالرغم من معارضته، فإن حق الامتياز يبقى قائماً عليها، ويجوز لصاحب الفندق تتبعها، أما إذا أخرجت الأمتعة من الفندق برضاء صاحبه أو بعلمه انقضى الامتياز[٥].

٤ ـ وأيضاً يثبت حق التتبع لبائعِ المنقول في أي يدٍ يكون[٦].

---

(١) انظر: حق المؤلف، د. نواف كنعان، ص١٦٣، ١٦٤.
(٢) الوسيط، د. السنهوري ١٠/٨٥١، ف: ٥٩٦.
(٣) المصدر نفسه ١٠/٩٥١، ف: ٦٧٩. (٤) المصدر نفسه ١٠/٩٥٦، ف: ٦٨٤.
(٥) المصدر نفسه ١٠/٩٩٠، ف: ٧١٩.
(٦) المصدر نفسه ١٠/٩٩٣، ف: ٧٢٤؛ والملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، د. ثروت عبد الرحيم، ص٣٢.





المطلب الثالث

تزاحم الحقوق

هناك حالات لصورٍ من التزاحم في الحقوق الممتازة.

فمثلاً، الامتياز في الديون:

إن تعدد أصحاب الديون الممتازة في درجة واحدة، قسم بينهم حسب قدر ديونهم بنسبةٍ مئويةٍ، فإن تعارضت امتيازات عامة قدم الأهم على المهم.

مثال ذلك: مال الحكومة ورسم قضية القسمة للمحكمة التي فصلت في دعوى القسمة يتقدم مال الحكومة؛ لأنه تعلق برقبة العين ثم مال رسم القسمة؛ لأنه تعلق بصفة آلت للعين المقسومة، فهي مقدمة على الرهن من أحد الشركاء لنصيبه، فيخرج أولاً أجرة القاسم والكاتب والحاسب... فإن تعارض امتياز صانع أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة كصباغ أو خياط وصاحب امتياز الضمان الملحوظ كناقل مثلاً... قدم امتياز من أدخل بصنعته في مال المالك ما جعل لها قيمة ثم يليه امتياز الناقل.

وقد يقدم صاحب الامتياز في الرهن الملحوظ كمالك حانوت أو بيت أجرة على ما فيهما من متاع منقول على الصانع صاحب الامتياز نظير أجر عمله؛ لأنه يشترط كون المصنوع لا زال تحت يد صانعه حتى يكون له الامتياز.

وإن تعارض حق الحفظ على الضمان الضمني، فإن كان منصوصاً على أن حق الحفظ يكون في الذات المحفوظة قدم على الضمان الضمني كمن أنفق على لقطته حتى جاء صاحبها ليأخذها فعليه دفع النفقة قبل أخذها أو تسليم رقبتها لتباع في ذلك. وإن كان لم ينص على تعلق نفقة الحفظ في الذات



المحفوظة قدم الضمان الضمني كمن أنفق على رهن بدون اشتراط كونها في رقبة الرهن، ولم تكن النفقة لازمةً فإن النفقة تكون في ذمة الراهن لا في العين المرهونة[١].

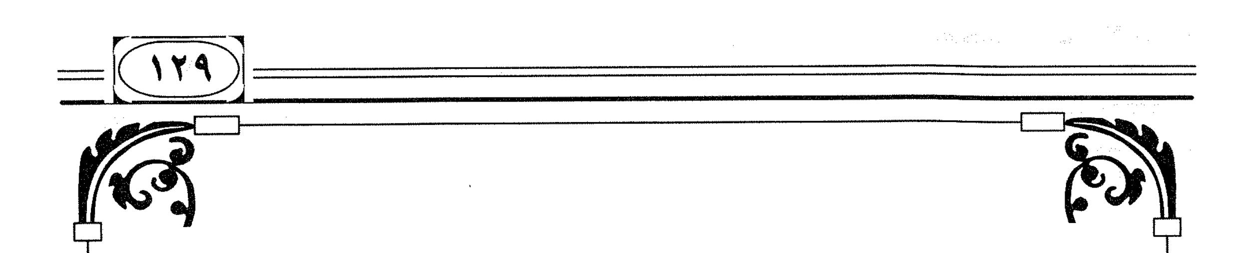
(١) انظر: المقارنات التشريعية لسيد عبد الله علي حسين ٣/١٠٩٦، ١٠٩٧؛ والحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ص٢٩١ ـ ٢٩٦ ف: ٤٢٠ ـ ٤٢٦، والوسيط د. السنهوري ١٠/٩٣٣ ف: ٦٦٣.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net

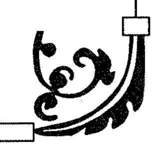

الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





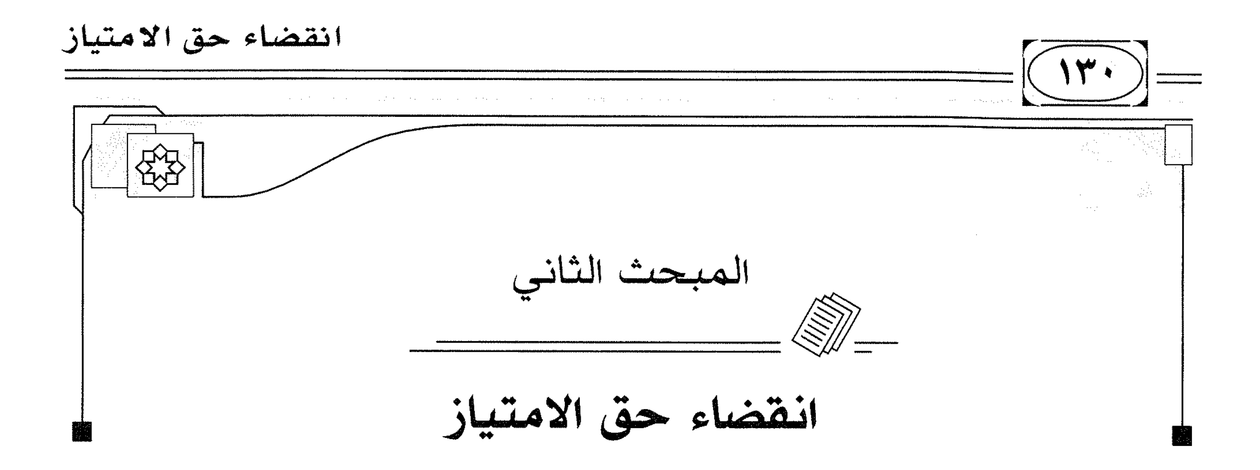
المبحث الثاني

انقضاء حق الامتياز









المبحث الثاني

انقضاء حق الامتياز

يتناول هذا المبحث الحالات التي تسقط فيها الالتزامات عن الملتزم المكلف بها، إما بوفائها عيناً، أو بما يقوم مقامه، وإما دون وفاء كما في حالة الإبراء[١].

ويشمل انقضاء حق الامتياز حالتي إنهائه وانتهائه، ومعنى إنهاء حق الامتياز؛ أي وقف آثار الامتياز في المستقبل بإرادة مانح الامتياز أو القاضي، وعبَّر عنه الفقهاء بلفظ (فسخ)، ومعنى انتهاء حق الامتياز؛ أي وقف آثاره بدون إرادة مانح الامتياز، وعبر عنه الفقهاء بلفظ (انفساخ).

ينقضي حق الامتياز في الديون بطريقة تبعية إذا انقضى الالتزام الأصلي بسبب من الأسباب التي تنقضي بها الالتزامات[٢]، أو بطريقةٍ أصليةٍ دون انقضاء الدين المضمون؛ أي مع بقاء الدين المضمون قائماً بعدد من الأسباب. فإذا انقضى الدين المضمون لم يعد هناك هدف يحققه بقاء الامتياز، وبالتالي ينقضي بالتبعية، فإذا وفى المدين الدين أو أبرئ منه انفك الامتياز[٣].

كما **ينقضي الامتياز في الديون** بصفةٍ أصليةٍ بعدد من الأسباب:

---

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا، ص١٠٩؛ والمدخل للفقه الإسلامي د. محمد سلام مدكور، ص٧٨، (الكويت: دار الكتاب الحديث، ط بدون).

(٢) انظر: أحكام الضمان العيني والشخصي د. السيد عيد نايل، ص٣٠٧؛ والحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ص٣٠٠.

(٣) انظر: الكافي لابن قدامة ٢/ ١٣٥، حيث يقول: «إذا حل الدين فوفاه الراهن انفك الرهن».



١ ـ نزول صاحب الامتياز عن الامتياز بإرادته المنفردة(١) مع بقاء الدين قائماً دون ضمان كما يمكن أن يتم ذلك بالاتفاق بين الراهن والمرتهن(٢).

٢ ـ هلاك محل الامتياز:

إذا هلك محل الامتياز هلاكاً كلياً انقضى الامتياز مع بقاء الدين قائماً، ولكن إذا حل محل الشيء الهالك مال آخر كتعويض فإنه يحل التعويض محل الشيء الهالك.

وإذا هلك محل الامتياز هلاكاً جزئياً بقي الامتياز على الجزء الباقي ضامناً لكل الدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الامتياز.

٣ ـ اتحاد الذمة:

ينقضي الامتياز في الدين كذلك باتحاد الذمة إذا اجتمع حق الملكية مع حق الامتياز في يد شخصٍ واحدٍ.

وعلى ذلك إذا تملك الدائن الممتاز الشيء الممتاز بأي سبب من الأسباب كما لو توفي المدين وورثه صاحب الامتياز أو كما لو اشترى الدائن الممتاز الشيء الممتاز من المدين، فإن الامتياز ينقضي في هذه الحالات لاتحاد الذمة، ولكن إذا زال اتحاد الذمة بأثر رجعي كما لو أبطل السند الذي نقل ملكية الشيء الممتاز إلى الدائن فإن الامتياز يعتبر قائماً لم ينقض(٣).

وأما **امتياز المنافع فإنه ينقضي** بأسباب متعددةٍ(٤):

١ ـ موت ذي المنفعة أو بالحكم عليه بالموت.

٢ ـ فراغ مدة الانتفاع وتمامها.

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، م: ٧١٦.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، م: ٧١٨.

(٣) انظر: أحكام الضمان العيني والشخصي، ص٢٩١ ـ ٢٩٣، ٣٠٨؛ والحقوق العينية التبعية د. محمد وحيد الدين سوار، ص٢٤١، ف: ٣٤٦؛ والمدخل للفقه الإسلامي د. محمد سلام مدكور، ص٧١٨.

(٤) انظر: المقارنات التشريعية لمخلوف الميناوي ١/١٥٧ بند ٦١٧، ت: د. محمد أحمد سراج وَ د. علي جمعة محمد، (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤٢٠هـ).

٣ ـ التمكين؛ أي انتقال صفتي الانتفاع والملكية إلى رقبة واحدة، فيغلب حق الملكية لاندراج حق الانتفاع فيه.

٤ ـ فوات المنفعة بالمدة الطويلة.

٥ ـ ذهاب العين التي تعلقت بها المنفعة.

٦ ـ إسقاط المنفعة حيث للمنتفع الحق في إسقاط حقه من المنفعة حسب العقد أو بالإقالة أو بالتعويض.

وأما **انقضاء امتياز العقود**، فإنه بتأمل الأسباب التي تجعل العقد منقضياً يتبين أنها ترجع إلى أحد أربعة أسباب[١]:

الأول: انتهاء المدة المتفق عليها.

الثاني: تخلف شرط من شروط العقد.

الثالث: وجود سبب من أسباب فساد العقد.

الرابع: الخيارات الثابتة في عقد الامتياز.

وينقضي عقد الامتياز بأحوال، أهمها أربعة، هي ما يأتي:

١ ـ انقضاء الامتياز بالإنجاز والتنفيذ، وهذا في حالة اشتراط إنجاز العمل خلال مدة معينة في عقد الامتياز فينتهي العقد بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد؛ لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود تلك الغاية، فينفسخ العقد بانتهاء المدة[٢]. أما إذا لم يرد ذلك في العقد فيصار إلى النظر في محل الامتياز وعرف الناس في الصنعة.

جاء في المغني[٣]: «وكل من استؤجر على عملٍ في عين، إما أن يوقعه وهي في يد الأجير كالصباغ يصبغ في حانوته والخياط في دكانه، فلا يبرأ من

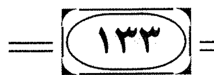
---

(١) انظر: المدخل الفقهي العام للزرقا، ص٤٥٨؛ والمبسوط للسرخسي ١٣/ ٤٠، ٤١، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤٠٩هـ = ١٩٨٩م) ومواهب الجليل ٤/ ٤٠٩؛ ومغني المحتاج ٢/ ٤٧؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٩.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ٦/ ٦٠؛ والإجارة الواردة على عمل الإنسان، د. شرف علي الشريف، ص٣٣٩، (نشر دار الشروق، ط١، ١٤٠٠هـ = ١٩٨٠م).

(٣) ٨/ ١١١، ١١٢.





العمل حتى يسلمها إلى المستأجر، ولا يستحق الأجر حتى يسلمه مفروغاً منه؛ لأن المعقود عليه في مدة فلا يبرأ منه ما لم يسلمه إلى العاقد كالمبيع من الطعام لا يبرأ منه قبل تسليمه إلى المشتري.

وأما إن كان يوقع العمل في ملك المستأجر، مثل: أن يحضره المستأجر على داره ليخيط فيها أو يصبغ فيها، فإنه يبرأ من العمل ويستحق أجره بمجرد عمله؛ لأنه في يد المستأجر، فيصير مسلماً للعمل حالاً فحالاً، ولو استأجر رجلاً يبني له حائطاً في داره أو يحفر فيها بئراً لبرئ من العمل واستحق أجره بمجرد عمله، ولو كانت البئر في الصحراء أو الحائط لم يبرأ بمجرد العمل، ولو أنها انهارت عقيب الحفر أو الحائط بعد بنائه وقبل تسليمه لم يبرأ من العمل، نص عليه أحمد...».

٢ ـ كما ينتهي عقد الامتياز بالفسخ رضاءً أو قضاءً:

فينقضي عقد الامتياز بالفسخ رضاءً وذلك ما يسمى بـ(الإقالة)، وقد ذهب جماهير الفقهاء[١] إلى جواز فسخ العقد بالإقالة، فإذا اتفق المتعاقدان في عقد الامتياز على الإقالة ترتب على ذلك إلغاء الامتياز وإنهاء العقد، فعلى صاحب الامتياز أن يمكّن مانح الامتياز من استرداد الامتياز ولو لم تنته المدة، ولصاحب الامتياز استرداد ما بقي من حق في ذمة المانح عن المدة التي بقيت.

كما يكون الانقضاء في عقد الامتياز بالفسخ قضاءً إذا طلب مانح الامتياز من القضاء فسخ العقد إذا أخل صاحب الامتياز بشروط العقد أو لم يقم بإيفاء ما عليه من التزامات، وذلك لذهاب محل العقد[٢].

فإذا أخل صاحب الامتياز بشيء من الشروط المتفق عليها جاز لمانح الامتياز طلب فسخ العقد في الحال إذا تعذر إصلاح العمل، وتسمى هذه

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٩٩؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٥؛ والمغني ٦/ ١٩٩؛ ومصادر الحق في الفقه الإسلامي د. عبد الرزاق السنهوري ٦/ ٢٤٨.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٩٩؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٥.

الحالة في عقد الامتياز بـ«إسقاط الامتياز» أو «سقوط الامتياز»، وهو سبب استثنائي ينتهي به الامتياز قبل حلول أجل نهايته، وهو يعتبر عقاباً للأخطاء الصادرة منه[(١)].

ويختلف الإسقاط عن الاسترداد بأن الأول يكون نتيجة تقصير من جانب صاحب الامتياز في أداء واجباته. أما الاسترداد فإنه يكون باختيار الدولة دون أن يكون هناك تقصير من صاحب الامتياز، شريطة أن يكون الدافع لذلك هو المصلحة العامة[(٢)]؛ لأن المصلحة العامة تتعلق بعموم الأمة، ومن الخطأ أن يضحَّى بالمصلحة العامة من أجل مصلحة فردية، ولذا يعتبر إنهاء عقد الامتياز ـ عن طريق استرداد المرفق العام من صاحب الامتياز إذا رأت الدولة ذلك ـ طريقاً مشروعاً في الشريعة الإسلامية لا سيما أنه يتم تعويض صاحب الامتياز عما لحقه من ضرر من جراء ممارسة ذلك الحق[(٣)].

أما إذا كان إصلاح العمل ممكناً فلمانح الامتياز إنذار صاحب الامتياز بتصحيح العمل خلال أجلٍ معين، فإذا انقضى الأجل دون إتمام التصحيح جاز له أن يطلب من القاضي فسخ العقد.

والفرق بين الفسخ الاتفاقي والفسخ القضائي:

يكون الفسخ القضائي في حالة تخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه

---

(١) انظر: القانون الإداري، لزهدي يكن، ص٧٣٧.

(٢) المصدر نفسه.

(٣) في المملكة العربية السعودية يتم الإسقاط بقرار من مجلس الوزراء؛ لأنه صاحب الولاية العامة، ويبلغ لصاحب الامتياز كتابة بالبريد المسجل.
وفي حالة الإسقاط يكون للحكومة أن تنتدب ممثلاً لها لاستلام الموجودات فوراً.
وتكون إدارة المشروع تحت مسؤولية صاحب الامتياز إلى حين إتمام إجراءات الإسقاط وتسليم المشروع رسمياً، ويكون على صاحب الامتياز أن يقدم لممثل الحكومة جميع مستندات المشروع وأوراقه، وكل البيانات التي يطلبها والتسهيلات الواجبة لتأمين استمرار تشغيل المشروع.
انظر: آثار الامتياز في القواعد العامة وفي المملكة العربية السعودية، لإبراهيم بن عبد العزيز الطريف، ص٣٦، وهو بحث ـ غير منشور ـ مقدم للحصول على دبلوم دراسات الأنظمة من معهد الإدارة بالرياض، عام ١٤٠٦هـ.

رغم أن الوفاء لا يزال ممكناً، ويكون العاقد الآخر بالخيار: بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ على أن يكون قد أنذر المدين من قبل.

أما الفسخ الاتفاقي فيفترض اتفاق العاقدين على وقوع الفسخ بإرادتيهما دون حاجة إلى حكم قضائي(١).

٣ ـ استحالة التنفيذ بأن يفقد ما يعتمد عليه بقاؤه(٢).

يقع الفسخ عند انقضاء الالتزام على أثر استحالة تنفيذه، فانقضاء هذا الالتزام يستتبع انقضاء الالتزام المقابل له لتخلف المقصد منه، ولهذه العلة ينفسخ العقد من تلقاء نفسه متى وضحت استحالة التنفيذ وضوحاً كافياً.

على أن الترافع للقضاء قد يكون ضرورياً عند منازعة العاقدين في وقوع الفسخ. بيد أن موقف القاضي في هذه الحالة يقتصر على الاستيثاق من أن التنفيذ قد أصبح مستحيلاً، فإذا تحقق من ذلك يُثبت وقوع الفسخ ثم يقضي بالتعويض أو يرفض القضاء به تبعاً لما إذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى خطأ صاحب الامتياز أو إلى سبب أجنبي لا يد له فيه(٣).

فإن كان الخطأ والضرر قد نتج من فعل صاحب الامتياز وصنعه فإنه يتحمل مسؤولية ضمان التعيب أو النقص أو الضرر، وينتفي الضمان إذا نجم ذلك عن حادث لا يمكن التحرز منه ولا يد له فيه. والحدث الذي لا يد لصاحب الامتياز في إحداثه ولا سبيل لدفعه، يشمل القوة الظاهرة التي تجعل

---

(١) انظر: نقابة المحامين، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١/ ٢٥٢.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠؛ والوجيز لأبي حامد الغزالي ١/ ٢٣٨، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٣٩٩هـ = ١٩٧٩م)؛ ونظرية الضرورة الشرعية، د. وهبة الزحيلي، ص٣١٦ وما بعدها، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤٠٥هـ = ١٩٨٥م).

(٣) انظر: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، ص١٦٦، ٢٧٤؛ والمدخل للفقه الإسلامي د. مذكور، ص٧٢٨؛ والوجيز في القانون الإداري، د. سليمان الطماوي، ص٣٤١، (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، ط بدون، ١٩٨٢م)؛ والقانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص١٩٢، (مصر: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٩٩١م).

تنفيذ الالتزام مستحيلاً كالحريق، ويشمل أيضاً الظرف الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً كالعواصف، وهذه الحوادث فقط هي التي تعفي صاحب الامتياز من مسؤولية الضمان؛ لأنه لا يد له فيها ولا سبيل له لدفعها[١]؛ ولأن الالتزام المقابل يصبح بلا سبب. ولهذا فقد نص الفقهاء[٢] على أن هلاك المبيع قبل القبض بآفة سماوية موجب لفسخ البيع؛ لأنه ليس في بقاء البيع فائدة فينفسخ.

وبناء عليه فإن حالة القوة القاهرة، هي سبب صحيح لإنهاء العقد لاستحالة تنفيذه، إذ لا يلزم المرء بالمستحيل، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَاۚ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

وقد تكون الاستحالة جزئيةً، وفي هذه الحالة يخير مانح الامتياز بين فسخ العقد وبين البقاء، ويأخذ حكم الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في عقود المدة، ومنها عقد الامتياز؛ لأن السبب الأجنبي قد يؤدي إلى امتناع تنفيذ العقد بعض الوقت.

مثال ذلك:

امتياز توريد السلع: إذ قد يتوقف توريد سلع المتعاقد على توريدها فترة من الوقت بسبب انفجار آلات المصنع أو سبب الحرب مثلاً ونحو ذلك، وفي مثل هذه الحال يخير مانح الامتياز بين فسخ العقد وبين المضي فيه.

٤ ـ موت أحد العاقدين:

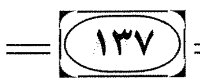
ينفسخ عقد الامتياز بموت صاحب الامتياز إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية ـ كالسمعة والأمانة وحسن المعاملة والكفاية الفنية ـ محل اعتبار في التعاقد.

---

(١) انظر: الاختيار ٢/٥٣؛ وبداية المجتهد ٢/٢٢٩؛ والمهذب ١/٤١٥؛ والكافي، لابن قدامة ٣/٤١٣، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٨هـ).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٣٨؛ وشرح الزرقاني على خليل ٥/١٤٧، (بيروت: دار الفكر، ط بدون)؛ والمغني ٦/١٩١.





وإذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية صاحب الامتياز محل اعتبار جاز لمانح الامتياز أن يطلب فسخ العقد إذا لم يتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن العمل[١]، وذلك لأن عقد الامتياز من عقود المعاوضة، وعقود المعاوضات لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين، والبدل يثبت بنفس العقد، وليس مع الزمن شيئاً فشيئاً، وهذا مذهب جمهور الفقهاء المالكية والشافعية والحنابلة[٢].

وذهب الحنفية[٣] إلى أن عقد الامتياز وسائر عقود المدة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين ما لم يمنع من ذلك عذرٌ شرعي؛ لأن عقود المدة عند الحنفية كما تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر.

وحجة الحنفية في ذلك:

أن عقود المدة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع أو الأعمال شيئاً فشيئاً، وعلى هذا فما يحدث من المنافع أو العمل في يد الوارث لم يملكها المورِّث لعدمها؛ لأن الملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث؛ إذ الوارث إنما يملك ما كان على ملك المورِّث فما لم يملكه يستحيل وراثته، وذلك بخلاف العقود الفورية؛ لأن الأثر يترتب عليها فوراً، وهي قائمةٌ في يد المورث إلى وقت موته، فجاز أن ينتقل منه إلى الوارث، وعقود المدة بخلاف ذلك؛ لأن البدل يثبت بالاستيفاء شيئاً فشيئاً، وهذا الحكم مقيد بعدم الضرر، فإذا ترتب على انفساخ العقد إلحاق الضرر بالطرف الآخر لم ينفسخ العقد؛ لأن ما ينفسخ بالعذر يبقى بالعذر.

أما موت مانح الامتياز فليس معتبراً ولا يُنهي عقد الامتياز، بل يبقي العقد قائماً ما بين صاحب الامتياز وورثة المانح وقد حلوا محله، فبقي هؤلاء

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٢؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٣٠؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٦؛ والمغني ٨/ ٤٣؛ والقواعد لابن رجب ص٣٤٨؛ والوسيط د. السنهوري ٧/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧.

(٢) المصادر السابقة.

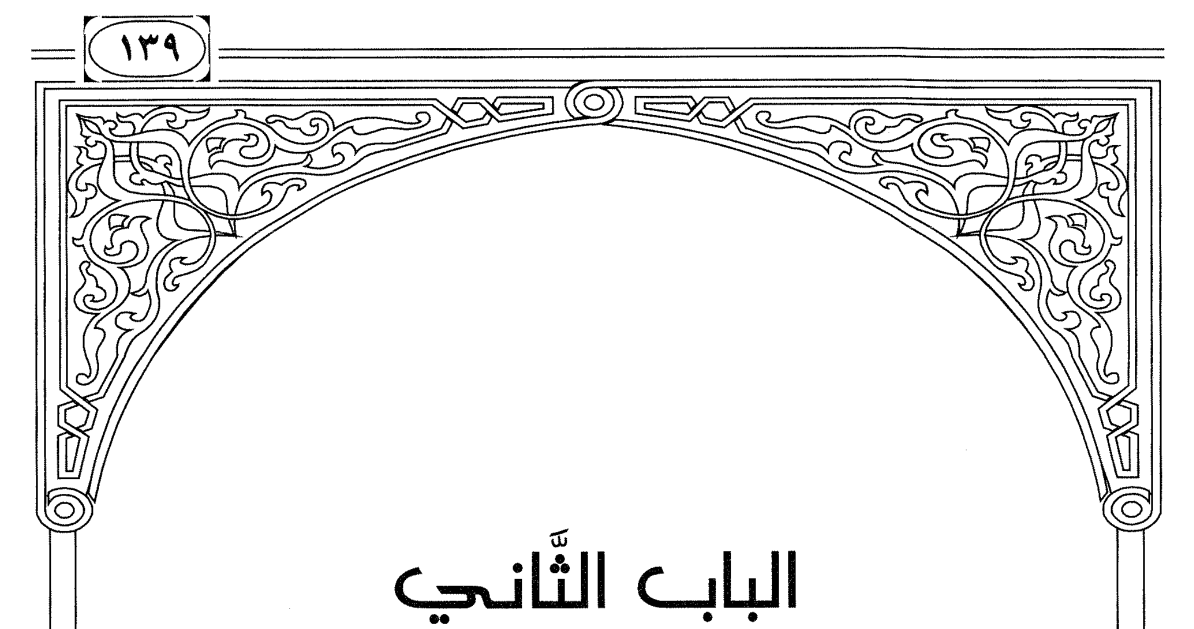
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٢؛ والاختيار للموصلي ٢/ ٦١.



مرتبطين بعقد مورثهم لهم كل حقوقه وعليهم كل التزاماته، وذلك دون نظرٍ لما إذا كان عقد الامتياز مفيداً للورثة فائدته للمورث، ودون نظر أيضاً إلى رغبة الورثة أو عدم رغبتهم في استمرار العمل. وهذا رأي جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة(١).

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٣٠؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٦؛ والمغني ٨/ ٤٣؛ والوسيط د. السنهوري ٧/ ٢٥٦.





الباب الثَّاني

أحكام حق الامتياز

ويشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: امتياز الالتزام.

الفصل الثاني: امتياز المنافع.

الفصل الثالث: تطبيقات معاصرة على حق الامتياز.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

الفصل الأوَّل

امتياز الالتزام

ويشتمل على تمهيد وأربعة مباحث:

التمهيد: تعريف الالتزام.

المبحث الأول: الامتياز بسبب العقد.

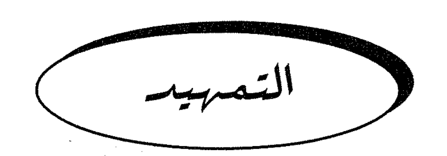
المبحث الثاني: الامتياز بسبب الإرادة المنفردة.

المبحث الثالث: الامتياز من الشرع.

المبحث الرابع: الامتياز بسبب التعدي.


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





التمهيد

تعريف الالتزام

تعريف الالتزام:

أولاً: تعريف الالتزام في اللغة:

مصدر التزم، والفعل لَزِم الشيء يلزمه لزوماً، ولازمه ملازمةً، والتزمه وألزمه إياه فالتزمه[(١)].

والفعل (لزم) يدل في اللغة على معانٍ، منها:

١ ـ مصاحبة الشيء بالشيء دائماً، يقال: لازمه إذا صاحبه دوماً[(٢)].

٢ ـ الثبوت والوجوب، يقال: لزم الشيء يلزم لزوماً ثبت ودام[(٣)]، وألزم فلاناً الشيء: أوجبه عليه، والتزم الشيء: أوجبه على نفسه[(٤)].

٣ ـ فصل الشيء، ومنه: قول الله تعالى: ﴿فَسَوْفَ يَكُونُ لِزَامًا﴾ [الفرقان: ٧٧]؛ أي: فيصلاً[(٥)].

(١) انظر: أساس البلاغة، مادة «لزم»، ص٤٠٧؛ ولسان العرب، مادة: «لزم» ٦/ ٤٠٢٧؛ وتاج العروس، مادة «لزم» ١٧/ ٦٤٨؛ والمعجم الوسيط، مادة «لزم» ٢/ ٨٢٣.

(٢) انظر: معجم مقاييس اللغة، مادة «لزم» ٥/ ٢٤٥ والمفردات في غريب القرآن، مادة «لزم»، ص٤٥٠؛ والمعجم الوسيط، مادة «لزم» ٢/ ٨٢٣.

(٣) انظر: لسان العرب، مادة: «لزم» ٦/ ٤٠٢٧؛ والمصباح المنير، مادة «لزم» ٢/ ٥٥٢؛ وتاج العروس، مادة «لزم» ١٧/ ٦٥٠؛ والمعجم الوسيط، مادة «لزم» ٢/ ٨٢٣.

(٤) انظر: لسان العرب، مادة: «لزم» ٦/ ٤٠٢٧؛ والمصباح المنير، مادة: «لزم» ٢/ ٥٥٢؛ والقاموس المحيط، مادة: «لزم»، ص١٤٩٤؛ والمعجم الوسيط، مادة: «لزم» ٢/ ٨٢٣.

(٥) انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين الموصلي ٤/ ٢٤٨ ت: طاهر =



فالالتزام فيه مبادرة من الملتزم، والإلزام يكون من جهة أخرى غير الملتزم نفسه. ومصدر «لزم» «لزوم»، ومصدر «ألزم» «إلزام»، ومصدر «التزم» «التزام»[(١)].

ثانياً: تعريف الالتزام في الاصطلاح:

وردت لفظة (الالتزام) في كتب الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وإن لم يوردوا تعريفاً لها متداولاً بينهم[(٢)]. عدا الفقيه الحطاب المالكي رحمه الله[(٣)] حيث عرَّف الالتزام فقال: «هو: إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى: العطية، وقد يطلق في العرف على ما هو أخص من ذلك وهو: التزام المعروف بلفظ الالتزام، وهو الغالب في عرف الناس اليوم»[(٤)].

والمقصود بالمعروف هنا: هو الأمر الجائز شرعاً الذي أمرنا الله باتباعه[(٥)].

= الزاوي وَمحمود الطناحي، (مكة المكرمة: دار الباز، ط بدون)؛ والقاموس المحيط، مادة: «لزم»، ص١٤٩٤؛ وتاج العروس، مادة «لزم» ١٧/ ٦٤٩.

(١) انظر: المفردات في غريب القرآن، مادة: «لزم»، ص٤٥٠؛ ولسان العرب، مادة: «لزم» ٦/ ٤٠٢٧؛ والقاموس المحيط، مادة: «لزم»، ص١٤٩٤؛ وتاج العروس، مادة: «لزم» ١٧/ ٦٤٨.

(٢) انظر: المبسوط ٢٠/ ٦؛ والشرح الصغير مع بلغة السالك ٢/ ٦٦٥؛ وروضة الطالبين ٣/ ٤٧٧؛ والمغني ٧/ ٧١.

(٣) هو: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمٰن الرعيني، المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، ولد بمكة عام (٩٠٢هـ)، من أشهر كتبه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، وتحرير الكلام في مسائل الالتزام، توفي في طرابلس الغرب سنة (٩٥٤هـ).
انظر في ترجمته: نيل الابتهاج بتطريز الديباج لأحمد بن أحمد بابا التنبكتي، ص٣٣٧، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ وهدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين لإسماعيل باشا البغدادي ٢/ ٢٤٢، (ط بدون)؛ وشجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد مخلوف ١/ ٢٧٠، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

(٤) تحرير الكلام في مسائل الالتزام مع فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ عليش ١/ ٢١٧، (دار الفكر، ط بدون).

(٥) انظر: نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، د. عبد الناصر توفيق الطار، ص٣٠، (القاهرة: مطبعة السعادة، ط بدون).



وهذا التعريف يفيد أن الالتزام هو ما ألزم الإنسان به نفسه اختياراً دون ما كان لازماً له بإلزام الشارع دون اختياره.

كما يفيد أيضاً أن الالتزام لا يطلق إلا على ما كان فيه إنشاء، أما ما كان إسقاط حق كالعتق أو إنهاء عقد كالطلاق فإنه لا يسمى التزاماً[(١)].

كما أن ابن القيم رحمه الله[(٢)] أورد معنى للالتزام فقال: «إن الالتزام تارة يكون بصريح الإيجاب، وتارة يكون بالوعد، وتارة يكون بالشروع كشروعه في الجهاد والحج والعمرة»[(٣)].

وهذا المعنى يفيد بالإضافة إلى ما تقدم أنه يشمل التبرعات والمعاوضات.

وقد عرَّف الفقهاء المعاصرون الالتزام بتعريفات كثيرة، جاءت في الغالب مختلفة عن المعنى المعهود للالتزام عند المتقدمين إما بزيادة أو نقص، ومن ذلك:

١ ـ الالتزام هو: «كون الشخص مكلفاً بفعل أو امتناع عن فعل لمصلحة غيره»[(٤)].

٢ ـ وعرَّف بعضهم الالتزام بأنه: «التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من

(١) انظر: إنشاء الالتزام في حقوق العباد، د. حسن بن أحمد الغزالي ١/ ٤٥.

(٢) هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب الزرعي، أبو عبد الله، شمس الدين المعروف بـ (ابن قيم الجوزية)، ولد في دمشق سنة (٦٩١هـ)، تصدر للتصنيف ونشر العلم، وقد امتحن وأوذي مرات، له مصنفات ماتعة، منها: إعلام الموقعين، وزاد المعاد، وتهذيب السنن، توفي سنة (٧٥١هـ).
انظر ترجمته في: ذيل طبقات الحنابلة ٢/ ٤٤٧؛ والدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة لأبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني ٣/ ٤٠٠، (ط بدون)؛ وشذرات الذهب ٨/ ٢٨٧.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين لابن قيم الجوزية ٢/ ١١٣، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، ط بدون، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

(٤) المدخل الفقهي العام لمصطفى أحمد الزرقا ١/ ٤٣٦؛ وانظر: شرح التعريف في ١/ ٤٣٦ ـ ٤٣٧، ٤٣٩.

الحقوق أو إنهاء حق أو إسقاطه»[(١)].

٣ ـ وعرَّفه بعضهم فقال: «الالتزام إيجاب المرء على نفسه فعلاً غير محرم في الشرع»[(٢)].

ويدخل في هذا التعريف الأمور التالية:

● «ما ينشأ من الالتزامات بإرادة منفردة كالهبة، وما لا ينشأ إلا بإرادة طرفي الالتزام كالبيع.

● ما كان لازماً لا يمكن لأحد من طرفيه فسخه بانفراده كالإجارة، وما كان جائزاً يمكن لكل من طرفيه إنهاؤه بانفراده كالعارية.

● ما كان معاوضة مالية كالبيع أو غير مالية كالنكاح، وما كان تبرعاً لا معاوضة فيه كالهبة.

● النذر، وحقيقته: إيجاب المرء على نفسه حقاً لله تعالى لم يكن واجباً عليه في الأصل»[(٣)]؛ أي أصل الشرع.

لكن يخرج النذر والنكاح والتبرع من موضوع هذه الرسالة بالقيد الذي جاء في عنوانها، وهو جملة «في المعاملات المالية».

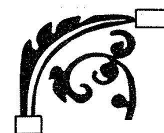
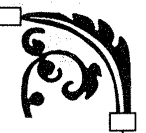
---

(١) المدخل للفقه الإسلامي د. محمد سلام مدكور، ص٥١٨؛ والمدخل في التعريف بالفقه الإسلامي د. محمد مصطفى شلبي، ص٤١٣، (بيروت: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م)؛ وانظر: تعريفات أخرى للالتزام عند الفقهاء المعاصرين في ضوابط العقد في الفقه الإسلامي د. عدنان التركماني، ص٢٠، (مكتبة دار المطبوعات الحديثية، ط٢، ١٤١٣هـ)؛ والذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي د. المكاشفي طه الكباشي، ص٢٨٩، (الرياض: مكتبة الحرمين، ط١، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م).

(٢) إنشاء الالتزام في حقوق العباد د. الغزالي، ص٥٠.

(٣) المصدر نفسه؛ وانظر: المدخل الفقهي العام للزرقا ١/ ٤٣٥ ـ ٤٣٦؛ ونظرية الحق د. أحمد فهمي أبو سنة، ص١٩٩ ـ ٢٠٠، بحث مطبوع بكتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع، (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مطابع الأهرام التجارية، سنة ١٩٧١م).



المبحث الأول

الامتياز بسبب العقد

ويحتوي على سبعة مطالب:

المطلب الأول: الامتياز في البيع.

المطلب الثاني: امتياز القروض ورأس مال السلم.

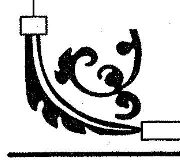
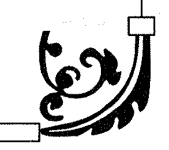
المطلب الثالث: امتياز المرتهن بثمن الرهن.

المطلب الرابع: الامتياز في أموال المحجور عليه.

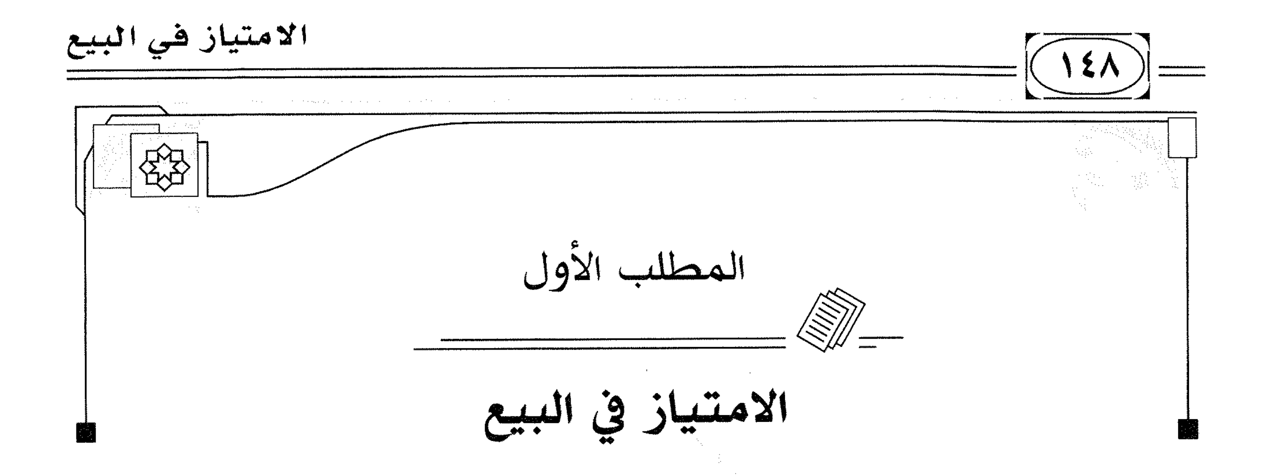
المطلب الخامس: امتياز العمال الزراعيين.

المطلب السادس: الامتياز في الإجارة.

المطلب السابع: امتياز الشفيع بالشفعة.





المطلب الأول

الامتياز في البيع

ويشتمل على أربع مسائل:

المسألة الأولى: امتياز البائع بالمبيع.

المسألة الثانية: امتياز المشتري بالمبيع بعد فسخ البيع.

المسألة الثالثة: امتياز المشتري بالمبيع إذا كان مستحقاً.

المسألة الرابعة: امتياز المشتري في قطف الثمار على غيره.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

امتياز البائع بالمبيع

تحرير محل النزاع:

إذا تم عقد البيع بين البائع والمشتري ثم أفلس المشتري، فلا يخلو إما أن يكون إفلاسه قبل تسلمه السلعة أو بعده، فإن كان قبل تسلُّم السلعة فلا خلاف في أن البائع له حق الامتياز بها أو بثمنها من بقية الغرماء(١).

أما إذا كان إفلاس المشتري بعد قبض السلعة فلا يخلو الأمر من حالين:

إما أن يكون ذلك في حال الحياة أو بعد الوفاة، وإذا كان حال الحياة، فإما أن يكون قد بُذل له حقه أو لم يبذل له حقه، وإذا لم يبذل له حقه فلا

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٦٠١؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٦٩.



يخلو إما أن يكون في حالة ما إذا لم يقبض البائع شيئاً من الثمن، أو قبض شيئاً من الثمن.

لذا ناسب تقسيم هذه المسألة إلى أربع حالات على النحو الآتي:

الحالة الأولى: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته ولم يبذل له حقه ولم يقبض شيئاً من الثمن.

الحالة الثانية: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته وقد قبض جزءاً من الثمن.

الحالة الثالثة: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته وقد بذل له حقه.

الحالة الرابعة: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس بعد وفاته.

الحالة الأولى: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته ولم يبذل له حقه ولم يقبض شيئاً من الثمن:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول:

للبائع امتياز بالمبيع، وله تركه ومحاصَّة الغرماء بالثمن، وبه قال من الصحابة: عثمان، وعلي، وابن مسعود[1]، وأبو هريرة رضي الله عنهم[2]، وقال به من

---

(١) هو: عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، الإمام الحبر، فقيه الأمة، أبو عبد الرحمٰن حليف بني زهرة، هاجر الهجرتين، وصلى إلى القبلتين، كان لطيفاً، فطناً من أذكياء العلماء، روى علماً كثيراً، توفي بالمدينة سنة (٢٣هـ).
انظر ترجمته في: الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لابن عبد البر ٣/ ١١٠، ت: علي معوض وَعادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م)؛ وأسد الغابة في معرفة الصحابة، لعز الدين علي الجزري ٣/ ٣٨١، ت: علي معوض وَعادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ والإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني ٤/ ١٢٩، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

(٢) انظر: الحاوي الكبير، لأبي الحسن الماوردي ٦/ ٢٦٦، ت: علي معوض وَعادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م)؛ والمغني ٦/ ٥٣٨.

التابعين: عروة[١]، وعمر بن عبد العزيز[٢]، وهو قول المالكية[٣] والشافعية[٤] والحنابلة[٥] والظاهرية[٦]. وممن قال به: الأوزاعي[٧]، وإسحاق[٨].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٦.
وعروة، هو: ابن الزبير بن العوام، أبو عبد الله القرشي المدني، أحد الفقهاء السبعة، ولد بالمدينة سنة (٢٣هـ) حدَّث عن أبيه بشيء يسير لصغره، وعن أمه أسماء بنت أبي بكر الصديق، وعن خالته عائشة، توفي سنة (٩٤هـ).
انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى، لابن سعد ٥/ ١٣٦، ت: محمد عبد القادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م)؛ وسير أعلام النبلاء ٤/ ٤٢١؛ ووفيات الأعيان ٣/ ٢٥٥.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٦.
وعمر بن عبد العزيز، هو: ابن مروان بن الحكم الأموي، أبو حفص، القرشي، كان من أئمة الاجتهاد، ومن الخلفاء الراشدين، توفي سنة ١٠١هـ.
انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٦/ ٣٠١؛ وسير أعلام النبلاء ٥/ ١١٤؛ والبداية والنهاية لابن كثير، ١٢/ ٦٧٦، ت: د. عبد الله التركي، (مصر: دار هجر: ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

(٣) انظر: المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/ ١١٨٤، ت: حميش عبد الحق، (مكة المكرمة: مكتبة نزار الباز، ط بدون)؛ والاستذكار لابن عبد البر ٢١/ ٢٦، ت: عبد المعطي قلعجي، (بيروت: دار قتيبة، ط١، ١٤١٤هـ)؛ والذخيرة للقرافي ٨/ ١٧٢، ت: محمد أبو خبزة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م)؛ وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٨٢.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٦؛ والمهذب للشيرازي ١/ ٤٢٥، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤١٤هـ)؛ وروضة الطالبين ٤/ ١٤٧؛ وحلية العلماء للقفال الشاشي ٤/ ٤٩٥، ت: د. ياسين درادكة، (مكة المكرمة: توزيع دار الباز، ط١، ١٩٨٨م).

(٥) انظر: المغني ٦/ ٥٣٨؛ والمحرر في الفقه لمجد الدين ابن تيمية ١/ ٣٤٥، (الرياض: مكتبة المعارف، ط٢، ١٤٠٤هـ)؛ والفروع لابن مفلح ٤/ ٢٩٩ ـ ٣٠٠، راجعه: عبد الستار فراج، (بيروت: عالم الكتب، ط٤، ١٤٠٥هـ)؛ والإنصاف ٥/ ٢٨٦.

(٦) انظر: المحلى لابن حزم ٨/ ١٧٥، م: ١٢٨٣، (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط بدون)؛ والاستذكار ٢١/ ٣٤.

(٧) هو: عبد الرحمٰن بن عمرو بن يُحْمِد الأوزاعي الفقيه المحدث، عالم أهل الشام، كان مولده في حياة الصحابة ﷺ، توفي ﷺ سنة (١٥٧هـ).
انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى ٧/ ٣٣٩؛ ووفيات الأعيان ٣/ ١٢٧، برقم: ٣٦١؛ وسير أعلام النبلاء ٧/ ١٠٧.

(٨) هو: إسحاق بن إبراهيم بن مخلد الحنظلي المروزي، المعروف بابن راهويه، ولد سنة =

القول الثاني:

ليس للبائع امتياز بالمبيع عند الإفلاس، وبه قال: الحسن البصري[١]، والنخعي[٢]، وابن شبرمة[٣]، وهو قول الحنفية[٤].

= ١٦١هـ، جمع بين الحديث والفقه، وكان أحد أئمة الإسلام، من مصنفاته: المسند، توفي رحمه الله سنة (٢٣٨هـ).

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٦/ ٣٤٥، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ ووفيات الأعيان ١/ ١٩٩، برقم: ٨٥؛ وسير أعلام النبلاء ١١/ ٣٥٨.

(١) هو: الحسن بن أبي الحسن يسار البصري، أبو سعيد، مولى زيد بن ثابت، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر رضي الله عنه، اشتهر بالزهد في الدنيا والوعظ، توفي سنة (١١٠هـ).

انظر ترجمته في: كتاب الطبقات الكبرى ٧/ ١١٤؛ وحلية الأولياء لأبي نعيم الأصفهاني ٢/ ١٣١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٩هـ)؛ وسير أعلام النبلاء ٤/ ٥٦٣.

(٢) هو: إبراهيم بن يزيد بن قيس بن الأسود، أبو عمران النخعي اليماني، فقيه العراق، أدرك جماعة من الصحابة ولم يحدث عنهم، توفي سنة (٩٦هـ).

انظر ترجمته في: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ٢/ ٢٣٣، ت: د. بشار عواد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٨هـ)؛ وسير أعلام النبلاء ٤/ ٥٢٠؛ وطبقات الحفاظ لجلال الدين السيوطي ص٢٩، ت: علي محمد عمر، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م).

(٣) هو: عبد الله بن شُبْرُمة الضبي، الكوفي التابعي، فقيه أهل الكوفة وقاضيها، ولد سنة (٧٢هـ)، وتفقه بالشعبي، وتوفي سنة (١٤٤هـ).

انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٦/ ٣٤٧؛ وتهذيب التهذيب لابن حجر العسقلاني ٢/ ١٦٣، برقم: ٣٨١٣ (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤١٣هـ)؛ وشذرات الذهب ٢/ ٢٠٥.

(٤) انظر: الحجة على أهل المدينة لمحمد بن الحسن الشيباني ٢/ ٧١٥، تعليق: مهدي حسن الكيلاني، (بيروت: عالم الكتب، ط٣، ١٤٠٣هـ)؛ ومختصر الطحاوي، ص٩٥، ت: أبو الوفا الأفغاني، (بيروت: دار إحياء العلوم، ط١، ١٤٠٦هـ)؛ ومجمع الأنهر ٢/ ٤٤٣؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٩٦؛ وتكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين، الشهير بالطواري ٨/ ٨٤، (دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون).

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

استدلوا بما يأتي:

الدليل الأول: ما رواه أبو هريرة، أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس، فهو أحق به من غيره» متفق عليه[١]. وفي لفظ لمسلم[٢] عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ: «في الرجل الذي يعدم إذا وجد عنده المتاع ولم يفرقه: أنه لصاحبه الذي باعه»[٣].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

دل هذا الحديث دلالة صريحة على أن من وجد ما باعه عند المشتري بعينه وقد أفلس المشتري فللبائع حق امتياز المبيع، وأنه أحق به من الغرماء[٤].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بعدة اعتراضات، يمكن بيانها على النحو الآتي:

الاعتراض الأول:

إن هذا الحديث تفرد به أبو هريرة رضي الله عنه، وهو مخالف للأصول؛ لأن السلعة صارت بالمبيع ملكاً للمشتري، ومن ضمانه.

---

(١) تقدم تخريجه في ص١١٠.

(٢) هو: مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، من أئمة المحدثين، ولد سنة (٢٠٤هـ)، من أهم مصنفاته: الصحيح المشهور، والمسند الكبير، والجامع الكبير وغيرها، توفي رحمه الله سنة (٢٦١هـ).
انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٥/ ١٩٤، برقم: ٧١٧؛ وتذكرة الحفاظ للذهبي ٢/ ٥٨٨؛ وسير أعلام النبلاء ١٢/ ٥٥٧.

(٣) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: من أدرك ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه، برقم: ١٥٥٩.

(٤) انظر: الاستذكار ٢١/ ٢٤؛ والذخيرة ٨/ ١٧٣؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٨؛ والمهذب ١/ ٤٢٥ ـ ٤٢٦؛ والمغني ٦/ ٥٣٨.



وامتياز البائع باستردادها منه نقص لملكه، وذلك وهن في الحديث يمنع الأخذ به[1].

الإجابة عن هذا الاعتراض:

أجيب عن هذا الاعتراض بأجوبةٍ هي على النحو الآتي:

الجواب الأول:

ما قاله ابن عبد البر رَحِمَهُ ٱللَّهُ[2]: «حديث التفليس حديث صحيح من نقل الحجازيين، والبصريين، رواه العدول، عن النبي ﷺ، ودفعه طائفة من العراقيين منهم: أبو حنيفة وأصحابه وسائر الكوفيين، وردوه بالقياس على الأصول المجمع عليها، وهذا مما عيبوا به، وعُدَّ عليهم من السنن التي ردوها بغير سنة صاروا إليها؛ لأنهم أدخلوا القياس، والنظر حيث لا مدخل له، وإنما يصح الاعتبار والنظر عند عدم الآثار»[3].

وقال الشوكاني[4]: «والاعتذار بأنه مخالف للأصول اعتذار فاسد؛ لما

---

(١) انظر: الاستذكار ٢١/ ٢٤؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٨؛ ومعالم السنن للخطابي٥/ ١٧٣، ت: محمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون)؛ وفتح الباري ٥/ ٧٨؛ ونيل الأوطار للشوكاني ٥/ ٢٤٣، (القاهرة: دار الحديث، ط بدون)؛ والبناية في شرح الهداية ١٠/ ١٤٨، لمحمود بن أحمد العيني (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤١١هـ).

(٢) هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمري القرطبي، أبو عمر، حافظ المغرب، ولد سنة (٣٦٨هـ)، له: التمهيد، والاستذكار، وغيرها كثير، توفي سنة (٤٦٣هـ).

انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٧/ ٦٦؛ وسير أعلام النبلاء ١٨/ ١٥٣؛ والديباج المذهب ٢/ ٣٦٧.

(٣) الاستذكار ٢١/ ٢٤.

(٤) هو: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، أبو عبد الله، من كبار علماء اليمن، ولد سنة ١١٧٣هـ، ولي القضاء بصنعاء سنة ١٢٢٩هـ، من مصنفاته: نيل الأوطار، والسيل الجرار، وإرشاد الفحول، وغيرها كثير، توفي سنة (١٢٥٠هـ).
انظر ترجمته في: البدر الطالع ٢/ ٢١٤؛ ونيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر لمحمد بن يحيى زبارة اليمني الصنعاني (ط بدون) ٢/ ٢٩٨؛ وأبجد العلوم لصديق حسن خان القنوجي ٣/ ٢٠١، أعده للطبع: عبد الجبار زكار، (دمشق: منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، ط بدون).



عَرَّفناك من أن السنة الصحيحة هي من جملة الأصول، فلا يترك العمل بها إلا لما هو أنهض منها، ولم يرد في المقام ما هو كذلك. وعلى تسليم أنه ورد ما يدل على أن السلعة تصير بالبيع ملكاً للمشتري فما ورد في الباب أخص مطلقاً، فيبنى العام على الخاص»[١].

الجواب الثاني:

أبو هريرة رضي الله عنه من جملة الصحابة، وليس تفرده بالحديث مانعاً من الاحتجاج به والعمل بموجبه، كما تفرد ـ بالرواية عن النبي ﷺ: «أنه نهى عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها»[٢]، ومع تفرده به فقد عمل المسلمون كلهم به، فلا يكون تفرد أبي هريرة رضي الله عنه بالحديث سبباً في عدم العمل به[٣].

اعتُرض على هذا الجواب:

بأن حديث أبي هريرة رضي الله عنه في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها، قد أجمع عليه المسلمون وقبلوه، أما حديثه هذا في التفليس فقد اختلف فيه المسلمون[٤].

أُجيب عن هذا الاعتراض:

بأن المسلمين إذا أجمعوا على العمل بحديث أبي هريرة رضي الله عنه في النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها، وبين المرأة وخالتها، مع أنه يخصص عموم قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]، وقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ

---

(١) نيل الأوطار ٥/٢٤٣؛ وانظر أيضاً في المعنى نفسه: معالم السنن ٥/١٧٣.

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: النكاح، باب: لا تنكح المرأة على عمتها برقم: ٥١١٠؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: النكاح، باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، برقم: ١٤٠٨.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٦٨.

تنبيه: ما ذُكر من تفرد أبي هريرة بهذا الحديث فيه نظر؛ لأنه قد ثبت أيضاً عن جابر وغيره من الصحابة؛ انظر: فتح الباري ٩/٦٥.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٦٨.



لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، فأولى أن يعمل بحديثه في التفليس الذي لا معارض له، وأن يجتمع الناس على العمل به، وإذا قبلوا حديثه مع انفراده هناك فأولى أن يقبلوه هنا، أما قبوله في موضعٍ مع انفراده في موضعٍ فهذا تحكم(١).

الجواب الثالث:

إن تفرد أبي هريرة رضي الله عنه بهذا الحديث لا يكون مانعاً من العمل بالحديث، كما أن بعض الصحابة رضي الله عنهم تفرد ببعض الأحاديث وعمل بها المسلمون(٢).

من ذلك: ما تفرد به أبو ثعلبة الخشني(٣) رضي الله عنه من أن النبي صلى الله عليه وسلم: «نهى عن أكل كل ذي نابٍ من السباع» متفق عليه(٤).

الجواب الرابع:

إن عدم العمل بهذا الحديث لكونه تفرد به أبو هريرة رضي الله عنه هو قول فيه نظر؛ لأنه قد رواه غير أبي هريرة من الصحابة رضي الله عنهم.

فعن عبد الله بن عمر(٥) رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا أعدم

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٦٨. (٢) المصدر نفسه.

(٣) اختلف في اسمه، فقيل: جرهم بن ناشم، وقيل: جرثوم بن لاشر، وقيل غير ذلك، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث، وله عن معاذ بن جبل، وأبي عبيدة، نزل الشام، توفي سنة (٧٥هـ).
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٤/١٨٣؛ وأسد الغابة ٦/٤٣؛ والإصابة ٧/٢٨.

(٤) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الذبائح والصيد، باب: أكل كل ذي نابٍ من السباع، برقم: ٥٥٣٠؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: الصيد والذبائح، باب: تحريم أكل كل ذي نابٍ من السباع، برقم: ١٩٣٢.
تنبيه: ما ذُكر من تفرد أبي ثعلبة بهذا الحديث فيه نظر؛ فقد رواه أيضاً أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهم، كما أخرج ذلك مسلم في «صحيحه»، في موضع حديث أبي ثعلبة السابق، برقم: ١٩٣٣ وَ ١٩٣٤.

(٥) هو: عبد الله بن عمر بن الخطاب بن نفيل العدوي، أبو عبد الرحمٰن، ولد قبل الهجرة بعشر سنين، أسلم وهو صغير ثم هاجر مع أبيه ولم يحتلم، وهو ممن بايع تحت الشجرة، وكان من زهاد الصحابة، وأكثرهم اتباعاً للسنن، وأعزفهم عن الفتن، =

الرجل، فوجد البائع متاعه بعينه، فهو أحق به»[١].

وعن سمرة[٢] رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به»[٣].

الاعتراض الثاني:

إن الرواية عن أبي هريرة رضي الله عنه قد اختلفت في هذا الحديث، فرواه الشيخان وغيرهما عنه باللفظ السابق، الذي يدل على أن البائع له حق امتياز باسترداد السلعة دون سائر الغرماء، ورواه الدارقطني[٤] عنه بلفظ آخر يدل على أن البائع كسائر الغرماء[٥]، وهذا الاختلاف في الرواية يوجب وهْناً في

= توفي سنة (٧٤هـ).
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٣/ ٢٣٥؛ وأسد الغابة ٤/ ١٣٧؛ والإصابة ٤/ ١٨١.

(١) رواه ابن حبان في «صحيحه»، كتاب: البيوع، باب: الفلس ١١/ ٤١٥، برقم: ٥٠٣٩، ت: شعيب الأرناؤوط، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ)، وقال ابن حجر في فتح الباري ٥/ ٧٨: «إسناده صحيح».

(٢) هو: سمرة بن جندب بن هلال الفزاري، من علماء الصحابة، نزل البصرة، له أحاديث صالحة، حدَّث عنه: ابنه سليمان، والحسن البصري، وابن سيرين وجماعة، توفي سنة (٥٨هـ)، وقيل: ٥٩هـ.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ٢١٣؛ وأسد الغابة ٢/ ٥٥٤؛ والإصابة ٣/ ١٣٠.

(٣) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٥/ ١٠؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يجد عين ماله عند الرجل، برقم: ٣٥٢٦؛ والنسائي في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ٧/ ٣١٣ ـ ٣١٤؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع ٣/ ٢٨، برقم: ١٠٢، وقال ابن حجر في فتح الباري ٥/ ٧٨: «إسناده حسن».

(٤) هو: علي بن عمر بن أحمد الدارقطني البغدادي، أبو الحسن، المقرئ المحدث، من أهل محلة (دار القطن) ولد سنة ٣٠٦هـ، من مصنفاته: السنن؛ والمختلف والمؤتلف، توفي سنة ٣٨٥هـ.
انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١٢/ ٣٤؛ وسير أعلام النبلاء ١٦/ ٤٤٩؛ ووفيات الأعيان ٣/ ٢٩٧، برقم: ٤٣٤.

(٥) وهذا اللفظ الذي احتج به الحنفية، هو: «أيما رجل باع سلعة، فأدركها عند رجل قد أفلس، فهو ماله بين غرمائه»؛ انظر: البناية في شرح الهداية، للعيني ١٠/ ١٤٨.
قلت: الحديث لم أجده بهذا اللفظ في سنن الدارقطني في كتاب: البيوع ٣/ ٢٩ ـ ٣٠، =

الحديث[١].

الإجابة عن هذا الاعتراض:

يجاب عن هذا الاعتراض بجوابين:

الجواب الأول:

إن رواية أبي هريرة رضي الله عنه التي رواها الشيخان وغيرهما لا يمكن ردها بروايته الأخرى التي عند الدارقطني، فالرواية الثانية مختلف في وصلها وإرسالها، وعلى فرض كونها موصولة لا يمكن أن تعارض رواية الجماعة[٢].

الجواب الثاني:

إن هذه الرواية الثانية التي احتج بها الحنفية لم أجدها بنفس اللفظ في سنن الدارقطني، وهي إنما تدل على ما في روايته التي في الصحيحين، أو يدل بعضها على أنه إذا قبض من ثمنها شيئاً فهو أسوة الغرماء، وبعضها ـ على ما فيه من مقال ـ يدل على التفريق بين الإفلاس في حال حياة المشتري، وبين حالة الموت، وقد فرق بين الحالتين: المالكية[٣] والحنابلة[٤]، وعليه فلا تعارض بين الروايتين عنه، ولا تكون إحداهما موهنة للأخرى.

= وإنما الذي وجدته بألفاظٍ أخرى: في سبعة أحاديث تدل على أن المفلس في حال حياته له حق امتياز بالمبيع، وحديث واحد يدل على أن الرجل يكون بين غرماء المفلس.

وانظر: سنن الدارقطني، كتاب: البيوع، الأحاديث ٣/ ٢٩ ـ ٣١، رقم: ١٠٦ ـ ١١٣؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٨٧؛ والهداية في تخريج أحاديث البداية لأحمد بن محمد الصديق الغماري ٨/ ٦٩، حديث رقم: ١٥٤٨، (عالم الكتب، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

(١) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٤؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٨؛ وشرح السنة للبغوي ٨/ ١٨٨، ت: شعيب الأرناؤوط وَزهير الشاويش، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ).

(٢) انظر: البناية في شرح الهداية ١٠/ ١٤٨.

(٣) انظر: المعونة ٢/ ١١٨٥؛ والكافي في فقه أهل المدينة لابن عبد البر ٢/ ٨٢٤ ـ ٨٢٥، (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ط٣، ١٤٠٦هـ)؛ والذخيرة ٨/ ١٧٥.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٨٩؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٠.



الاعتراض الثالث:

تأويل الحديث: أوَّل الحنفية هذا الحديث بتأويلات عدة، وحملوه على معانٍ أخرى، أوردها مع مناقشتها فيما يأتي:

ـ **التأويل الأول:**

إن معنى الحديث: إذا باع شيئاً على أنه بالخيار مدة معينة، ولم يقبض الثمن فوجد البائع المشتري مفلساً في مدة الخيار، فإن البائع له امتياز بالسلعة؛ أي فيتخير الفسخ، ويكون معنى الحديث: الإرشاد إلى ما هو الأوثق، كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْۚ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ونحو ذلك(١).

الإجابة عن هذا التأويل:

يظهر أن هذا التأويل بعيد جداً؛ لأن من باع بشرط الخيار، فإنه يحق له فسخ العقد في مدة الخيار بنص العقد، سواء أكان المشتري مفلساً أم لا، أما الحديث فهو صريح في أن البائع له حق امتياز استرداد المبيع عند الإفلاس، ولو لم يشترط الخيار.

ـ **التأويل الثاني:**

إن المراد بصاحب المتاع في الحديث هو المشتري، وليس البائع؛ لأن المشتري هو صاحب المتاع حقيقة، وأما البائع فهو كان صاحب المتاع، وإنما نص على المشتري ـ مع أنه صاحب المتاع حقيقة ـ حتى لا يظن أن الإفلاس يضعف ملكه(٢).

الإجابة عن هذا التأويل:

يجاب عن هذا التأويل بأربعة أجوبة:

الجواب الأول:

إن المراد بصاحب المتاع هو البائع في هذا الحديث؛ لأن المشتري له

(١) انظر: البناية في شرح الهداية ١٠/١٤٨.

(٢) انظر: الذخيرة ٨/١٧٣؛ والحاوي الكبير ٦/٢٦٨.





حق امتياز بالمبيع قبل الإفلاس، فاشتراط الإفلاس لا يتم إلا على ما ذكرناه[١].

الجواب الثاني:

«إن قوله في الحديث: «فهو أحق به»، هذه صيغة أفعل، وهي تقتضي الاشتراك، وعلى رأيكم: لا اشتراك، بل المشتري متعين، وعلى رأينا يكون الحق للمشتري في الانتزاع، وللبائع في أصل الملك، فيتعين ما قلناه»[٢].

الجواب الثالث:

إن المراد بقوله: «فصاحب المتاع أحق به»؛ أي الذي كان صاحب المتاع، وقد ورد الشرع بمثل هذا، كما قال تعالى حاكياً عن يوسف: ﴿ٱجْعَلُوا۟ بِضَٰعَتَهُمْ فِى رِحَالِهِمْ﴾ [يوسف: ٦٢]، يعني التي كانت بضاعتهم؛ لأنها خرجت عن ملكهم[٣].

الجواب الرابع:

إنه قد جاءت الرواية صريحة بأن المراد البائع، وليس المشتري[٤] كما في رواية الصحيح المتقدمة التي جاء فيها: «... أنه لصاحبه الذي باعه»[٥]. وفي لفظ عند الدارقطني[٦]: «إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته بعينها فهو أحق بها دون الغرماء».

ـ التأويل الثالث:

حمل هذا الحديث على ما إذا كان المتاع: وديعةً أو عاريةً أو لقطةً أو مغصوباً، فصاحبه له امتياز به[٧].

الإجابة عن هذا التأويل:

---

(١) المصدر نفسه.
(٢) الذخيرة ٨/١٧٣.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٦٨.
(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٦٨.
(٥) انظر: ص١٥٢.
(٦) في «سننه»، كتاب: البيوع ٣/٣٠، برقم: ١١٢.
(٧) انظر: البناية في شرح الهداية ١٠/١٤٨؛ والحاوي الكبير ٦/٢٦٨؛ ومعالم السنن ٥/١٧٤؛ ونيل الأوطار ٥/٢٤٣.



أجيب عنه بجوابين:

الجواب الأول:

إن هذا التأويل لا يصح؛ لأنه ﷺ جعل للبائع امتيازاً بمتاعه بشرط إفلاس المشتري بالثمن، وصاحب الوديعة والعارية واللقطة والمغصوب منه، مستحق استرجاع ماله بشرط وبغير شرط، وفلس وبغير فلس، فلا يصح هذا التأويل[١].

الجواب الثاني:

إنه ورد في بعض ألفاظ الحديث التصريح بالبيع، وهو نص في محل النزاع فيمتنع التأويل المذكور[٢].

من ذلك رواية الصحيح المتقدمة: «... أنه لصاحبه الذي باعه»[٣].

وكذلك حديث ابن عمر السابق: «إذا أعدم الرجل فوجد البائع متاعه بعينه، فهو أحق به»[٤].

- **التأويل الرابع:**

حمل الحديث على ما إذا كان الإفلاس قبل قبض المبيع، فإذا أفلس المشتري قبل أن يقبض السلعة كان من حق البائع الامتناع عن التسليم[٥].

الإجابة عن هذا التأويل:

يرد هذا التأويل قوله في الحديث: «عند رجل»، وقوله: «ثم أفلس وهي عنده»، وفي لفظ: «إذا أفلس الرجل فوجد البائع سلعته عنده». فلو كان لم يقبضه ما نص في الحديث على أنه عنده[٦].

الدليل الثاني: من الأثر، ومن ذلك:

ما نقل عن عثمان رضي الله عنه أنه قضى فيمن اقتضى من حقه قبل أن يفلس فهو

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) انظر: فتح الباري ٥/٧٨؛ ونيل الأوطار ٥/٢٤٣.

(٣) انظر: ص١٥٢.

(٤) انظر: ص١٥٦.

(٥) انظر: فتح الباري ٥/٧٨؛ ونيل الأوطار ٥/٢٤٣.

(٦) المصدر نفسه.





له، ومن عرف متاعه بعينه فهو أحق به[١].

الدليل الثالث: من القياس، ومن ذلك:

١ ـ قالوا: إن المسلم فيه إذا تعذر تسليمه ثبت للمشتري حق الفسخ، فكذلك البائع إذا تعذر تسليمه الثمن بإفلاس المشتري ـ والسلعة بعينها ـ ثبت له حق الفسخ، بجامع تعذر أحد العوضين[٢].

٢ ـ قالوا: إنه إذا باعه السلعة، ثم تبين للبائع أن إفلاس المشتري قبل تسليمه المبيع، فإن للبائع حق الفسخ، فكذلك إذا تبين له أنه مفلس بعد القبض، جاز له فسخ العقد قياساً على ما قبل القبض[٣].

٣ ـ قالوا: إن البائع لو شرط على المشتري رهناً بتسليم الثمن، فعجز المشتري عن تسليم الرهن، استحق البائع الفسخ ـ مع أن الرهن وثيقة بالثمن ـ فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه من باب أولى[٤].

٤ ـ قالوا: إن المشتري قد ملك العين المبيعة في الشفعة ملكاً صحيحاً يتصرف فيها تصرف الملاك في ملكهم، فإذا جاء صاحب الشفعة ثبت له حق امتياز استرداد العين المبيعة وأخذها بالشفعة، فكذلك الحكم إذا أفلس المشتري بالثمن ثبتِ حق الامتياز للبائع باسترداد المبيع قياساً على الشفعة[٥].

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه» معلقاً، كتاب: الاستقراض، باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به ٥/ ٧٦ مع فتح الباري؛ ورواه الدارقطني في «سننه» موصولاً، كتاب: البيوع، برقم: ١٢٢، قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» ٥/ ٧٧ ـ ٧٨: «وصله أبو عبيد في كتاب: الأموال، والبيهقي بإسناد صحيح إلى سعيد ـ يعني ابن المسيب ـ. . . . . قال ابن المنذر: لا نعرف لعثمان في هذا مخالفاً من الصحابة، وتعقب بما روى ابن أبي شيبة عن علي أنه أسوة الغرماء، وأجيب بأنه: اختلف على علي في ذلك بخلاف عثمان».اهـ.

(٢) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٣؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٩؛ والمغني ٦/ ٥٣٩.

(٣) انظر: المعونة ٢/ ١١٨٥؛ والذخيرة ٨/ ١٧٣؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٩.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٣٩؛ والشرح الكبير لعبد الرحمٰن بن محمد بن قدامة ١٣/ ٢٥٥ مع الإنصاف.

(٥) انظر: معالم السنن ٥/ ١٧٤؛ وفتح الباري ٥/ ٧٨.



٥ ـ قالوا: إن الثمن في البيع مستوفى من ذمة المشتري، كما أن السكنى في الإجارة مستوفاة من الدار المستأجرة، فلما كان خراب الدار المستأجرة يقتضي فسخ عقد الإجارة وامتياز المؤجر بالأجرة، وجب أن يكون خراب ذمة المشتري بالإفلاس يقتضي فسخ عقد البيع وامتياز البائع بالعين المبيعة قياساً على ثبوت حق امتياز المؤجر بالأجرة في عقد الإجارة بجامع أن كل واحد منها عقد معاوضة(١).

أدلة القول الثاني:

استدل من قال: ليس للبائع حق امتياز في استرداد المبيع عند الإفلاس بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: حديث أبي هريرة رضي الله عنه بلفظ: «أيما امرئ هلك وعنده متاع امرئ بعينه اقتضى منه شيئاً أو لم يقتض فهو أسوة الغرماء»(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث على أن البائع يكون مثل سائر الغرماء وليس له حق امتياز باسترداد المبيع عند الإفلاس(٣).

الإجابة عن هذا الاستدلال:

أجيب عن هذا الاستدلال بثلاثة أجوبة:

الجواب الأول:

إنه خبر مرسل، فلا يلزم الاحتجاج به، ولا يكون معارضاً لحديث أبي هريرة المتفق على صحته(٤).

الجواب الثاني:

إنه لو صح رفعه فهو محمول على أن المشتري حين هلك كان موسراً

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٩؛ ومعالم السنن ٥/ ١٧٤.
(٢) سبق تخريجه، ص١٥٦.
(٣) انظر: البناية في شرح الهداية ١٠/ ١٤٨؛ والذخيرة ٨/ ١٧٤؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٦٦.
(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٩.

جمعاً بين الروايتين[١].

الجواب الثالث:

إن الأصل أن ملك المبيع قد انتقل من البائع إلى المشتري، وحديث أبي هريرة المتفق على صحته، هو حديث ناقل عن الأصل، وهذه الرواية المحتج بها هنا موافقة لمعهود الأصل، والحديث الناقل عن الأصل هو الذي يؤخذ به؛ لأن فيه زيادة يتعين العمل بها[٢].

الدليل الثاني:

عن علي رضي الله عنه قال: «هو فيها أسوة الغرماء إذا مات الرجل وعليه دين وعنده سلعة لرجل بعينها، فهو فيها أسوة الغرماء»[٣].

فقد دل هذا الأثر على أن البائع مثل سائر الغرماء عند الإفلاس[٤].

الإجابة عن هذا الاستدلال:

يجاب عنه بأربعة أجوبة:

الجواب الأول:

إنه ضعيف، كما قال عنه ابن عبد البر رحمه الله.

الجواب الثاني:

إنه يعارضه ما ثبت عن عثمان رضي الله عنه من أنه قضى بأن من أدرك متاعه

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) انظر: المحلى ٨/١٧٨، م: ١٢٨٣.

(٣) رواه عبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها ٨/٢٦٦، برقم: ١٥١٧٠، ت: حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ)؛ وابن حزم في «المحلى» ٨/٦٣٨، وفيه خِلاس بن عمرو الهَجَري البصري، قال عنه ابن عبد البر في الاستذكار ٢١/٢٥ ـ ٢٦: «أحاديث خلاس عن علي رضي الله عنه ضعيفة عند أهل العلم بالحديث، لا يرون في شيء منها إذا انفرد بها حجة»، وقال في موضع آخر ١٦/١٨٤ ـ ١٨٥: «... لأن خلاساً يروي عن علي مناكير، ولا يصحح روايته أهل العلم بالحديث».

(٤) انظر: البناية في شرح الهداية ١٠/١٤٩؛ والاستذكار ٢١/٢٥؛ وبداية المجتهد ٢/٢٨٧؛ والمحلى ٨/١٧٦.



بعينه عند من أفلس فهو أحق به كما سبق[١]، ولم يختلف قول عثمان رضي الله عنه في ذلك بخلاف ما أثر عن علي رضي الله عنه، فقد اختلف على علي في ذلك[٢]، وقد قضى به عثمان ولم ينكر عليه ذلك، وقضاؤه موافق لما ثبت عن النبي ﷺ، فيكون أولى مما أثر عن علي رضي الله عنه.

الجواب الثالث:

إنه لو ثبت ما أثر عن علي رضي الله عنه فإنه لا حجة فيه؛ لأن الحجة فيما ثبت عن النبي ﷺ إذا خالف قول الصحابي قول النبي ﷺ[٣].

الجواب الرابع:

إنه لو صح هذا الأثر عن علي رضي الله عنه فيمكن حمله عند المالكية[٤] والحنابلة[٥] على من مات مفلساً وعنده سلعة لغيره؛ لأنهم يفرقون بين الإفلاس في حال الحياة، فيرجع صاحبها فيها إن كانت قائمة بعينها، وبين من مات مفلساً فلا رجوع لصاحب السلعة وإن كانت قائمة بعينها.

الدليل الثالث:

إن عقد البيع يوجب الثمن في ذمة المشتري، وبقاء الدين ببقاء محله، والذمة بعد الإفلاس باقية، كما كانت قبل الإفلاس، لا فرق بين المفلس والمليء[٦].

الإجابة عن هذا الاستدلال:

إن هذا الاستدلال في مقابلة النص فيكون فاسد الاعتبار، فقد فرق النبي ﷺ بينهما، والانقياد للسنة واجب.

الدليل الرابع: من القياس:

١ ـ قالوا: إن للبائع امتيازاً بالمبيع على ثمنه، كما أن للمرتهن امتيازاً بالرهن

---

(١) انظر: ص١٦٠. (٢) انظر: فتح الباري ٥/ ٧٨.
(٣) انظر: الأم للشافعي ٣/ ٢١٨، (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٣هـ).
(٤) انظر: الاستذكار ٢١/ ٣٤؛ والذخيرة ٨/ ١٧٥.
(٥) انظر: المغني ٦/ ٥٨٩؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٠.
(٦) انظر: العناية في شرح الهداية ٩/ ٢٧٩ مع شرح فتح القدير.



على حقه، فلما كان المرتهن لو ردَّ الرهن على راهنه لم يكن له الرجوع إليه عند تعذر حقه، وجب إذا سلَّم البائع المبيع إلى مشتريه ألا يكون له الرجوع إليه عند تعذر ثمنه قياساً عليه، فالمبيع محبوس لاستيفاء الحق منه، فإذا رفع البائع يده عنه كان ذلك مسقطاً لحق الاستيفاء منه قياساً على المرتهن إذا رفع يده عن الرهن[١].

الإجابة عن هذا القياس:

إنه قياس مع الفارق؛ لأن إمساك المرتهن للمرهون هو إمساك مجرد على سبيل الاستيثاق، وأما الثمن في عقد البيع فهو بدل عن العين، فإذا تعذر استيفاء الثمن رجع إلى المبدل، وهو المبيع القائم بعينه.

ومن جهة أخرى: فإن الرهن يوجب تعلق الغير بغير ما تعلق به حقه بخلاف الغرماء لم يتعلق حقهم إلا بالذمة دون عين المبيع، فظهر الفرق[٢].

٢ ـ قالوا: إن البائع قد ثبت له بعقد البيع حق ثبوت الثمن في الذمة، وحق حبس المبيع على ثمنه لو أنه أسقط حقه من الثمن الذي في الذمة بالإبراء لم يعد إليه لحدوث الفلس، وجب إذا أسقط حقه من حبس المبيع بالتسليم ألا يعود إليه ذلك الحق قياساً عليه[٣].

الإجابة عن هذا القياس:

إنه قياس مع الفارق؛ لأنه في الإبراء من الثمن قد أسقط الحق فلم يكن له الرجوع فيه، بخلاف تسليم المبيع فإنه لم يسقط حقه من الثمن فجاز له الرجوع فيه، فافترقا فلا يصح القياس[٤].

٣ ـ قالوا: إن البائع ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق فلا يرجع في عين ماله؛ لأنه أسقط حقه في المبيع بتسليمه فصار كسائر الغرماء[٥].

---

(١) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٤؛ والحاوي الكبير٦/ ٢٦٧؛ والمغني ٦/ ٥٣٨.
(٢) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٥.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٧.
(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٦٩.
(٥) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٤؛ والمغني ٦/ ٥٣٨.

أجيب عن هذا القياس:

إنه قياس مع الفارق؛ لأن قولهم: إنهم تساووا في سبب الاستحقاق، يجاب عنه بأن يقال: لكنهم اختلفوا في الشرط، فإن بقاء العين شرط لملك الفسخ، وهي موجودة في حق من وجد متاعه دون من لم يجده فافترقا، فلا يصح هذا القياس؛ ولأنه قياس في مقابلة نص فيكون فاسد الاعتبار، فلا يؤخذ به(١).

□ الترجيح:

الذي يترجح لي ـ والله أعلم بالصواب ـ قول الجمهور، وهو أن البائع له حق امتياز في استرداد المبيع عند الإفلاس، وذلك للأسباب الآتية:

١ ـ قوة أدلة هذا القول، حيث اعتمد على حديث نبوي صحيح رواه الشيخان، وهو صريح الدلالة، وعضد ذلك أدلة أخرى قوية.

٢ ـ ضعف أدلة القول الآخر، حيث أجيب عنها بأجوبة قوية.

٣ ـ إن هذا القول هو الموافق لعدل الشريعة الإسلامية؛ لأن البائع وجد متاعه بعينه عند المشتري المفلس، ولم يقبض من ثمنه شيئاً، فكيف يتساوى مع الغرماء الذين لم يجدوا أعيان أموالهم؟.

٤ ـ إن هذا القول فيه حفظ الحقوق المالية، وفيه زجر وردع لمن يأخذ أموال الناس بالبيع، وهو عاجز عن تسديد أثمانها(٢). والله أعلم.

الحالة الثانية: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته وقد قبض جزءاً من الثمن:

إذا أَقْبَض المشتري البائع بعض الثمن أو أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن، فقد اختلف الفقهاء في حق امتياز البائع في الرجوع، على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٥؛ والمغني ٦/ ٥٣٩.

(٢) انظر: حكم استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان بن غازي الشمراني، ص٢٢ ـ ٤٥، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، العدد: ٤٠، شوال ـ ١٤٢٣هـ.

القول الأول: إن البائع بالخيار، إما أن يرد ما قبض ويأخذ السلعة أو يتركها ويحاص الغرماء بما بقي له من دينه، وبه قال المالكية[١].

القول الثاني: إن البائع يثبت له امتياز في الرجوع في بعض المبيع بما يقابل القسط الباقي من الثمن، فلو قبض نصف الثمن رجع في نصف العين، ولا يرجع في أحدهما بكماله، فليس له الرجوع بكامل الباقي من الثمن، وليس له رد ما قبض وأخذ كامل العين، وبه قال الشافعية[٢].

القول الثالث: ليس للبائع حق امتياز في الرجوع، بل يسقط حقه في ذلك، وبه قال الحنابلة[٣]، وهو القول القديم للشافعي[٤].

* الأدلة والمناقشة:

دليل القول الأول:

ما ورد عن أبي هريرة ﵁ قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به»[٥].

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث مطلق يشمل ما إذا لم يقبض المشتري من الثمن شيئاً، وما إذا قبض بعض الثمن.

---

(١) انظر: الكافي في فقه أهل المدينة ٢/٨٢٣؛ والتفريع لابن الجلاب ٢/٢٥٠، ت: د. حسين الدهماني، (بيروت: دار الغرب، ط١، ١٤٠٨هـ).

(٢) انظر: المهذب ١/٤٢٦؛ وتحفة المحتاج ٥/١٥٠ ـ ١٥١؛ وحاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج ٢/٢٩٥؛ وحاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ٢/١٧٠، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

(٣) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/٧٤، ت: د. عبد الله الجبرين، (الرياض: مكتبة العبيكان، ط١، ١٤١٢هـ)؛ والمبدع ٤/٣١٤؛ والتنقيح المشبع للمرداوي، ص٢٠٤، تصحيح: عبد الرحمٰن حسن محمود، (الرياض: المؤسسة السعيدية، ط بدون)؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٨٠؛ وكشاف القناع ٣/٤٢٦.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/١٦١؛ وحاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج ٢/٢٩٥.

(٥) تقدم تخريجه في ص١١٠.

مناقشة الاستدلال بالحديث:

يناقش بأن الإطلاق في الحديث مقيد بما سيأتي من أدلة القول الثالث.

دليل القول الثاني:

قياس الرجوع بحصة ما بقي من الثمن حين قبض بعضه على الرجوع حين عدم قبض شيء منه، بجامع أن كلّاً منهما رجوع بعين ماله بسبب إفلاس المدين؛ «لأنه إذا رجع بالجميع إذا لم يقبض جميع الثمن، رجع في بعض الثمن»(١).

الإجابة عن هذا الدليل:

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: إنه قياس في مقابلة نص فيكون فاسد الاعتبار، كما سيأتي في أدلة القول الثالث.

الوجه الثاني: إنه قياس مع الفارق؛ لأنه إذا لم يكن قبض من الثمن شيئاً فإنه يرجع بكامل ماله، فلا يلزم منه تفريق الصفقة، بخلاف ما إذا كان قد قبض بعض الثمن فإنه يرجع ببعض المال ـ بناءً على هذا القول ـ ويلزم منه تفريق الصفقة، وهذا قد يضر بالمدين وبالغرماء.

دليل القول الثالث:

استدل القائلون بأن الدائن إذا قبض بعض الثمن لا يرجع في عين ماله بما رواه الإمام مالك رَحِمَهُ ٱللَّهُ بسنده عن أبي بكر بن عبد الرحمن(٢) أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه، ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه

---

(١) المهذب ١/٤٢٦.

(٢) هو: أبو بكر بن عبد الرحمٰن بن الحارث بن هشام المخزومي المدني، أحد الفقهاء السبعة، قيل: إنه محمد، وقيل: المغيرة، قال العجلي: ثقة، توفي سنة (٩٣هـ)، وقيل: (٩٤هـ).
انظر ترجمته في: سير أعلام النبلاء ٤/٤١٦؛ وتهذيب التهذيب ٦/٣٠٦، برقم: ٩٢٧٩؛ وشذرات الذهب ١/٣٧٤.



فصاحب المتاع أسوة الغرماء»[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث:

أن النبي ﷺ اشترط للرجوع عدم قبض شيء من الثمن، فمفهوم هذا أنه إذا قبض شيئاً من الثمن لم يكن له امتياز في الرجوع[٢].

مناقشة الاستدلال بالحديث:

اعترض على الاحتجاج بهذا الحديث بأنه معلول بالإرسال[٣].

---

(١) رواه مالك في «الموطأ»، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في إفلاس الغريم ٢/٦٧٨، برقم: ٨٧، وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم: ٣٥٢٠؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: التفليس، باب: المشتري يموت مفلساً بالثمن ٦/٤٦؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع ٣/٢٩، برقم: ١٠٩، وعبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها ٨/٢٦٤، برقم: ١٥١٥٨.وابن أبي شيبة في «مصنفه»، كتاب: البيوع والأقضية، باب: الرجل يموت أو يفلس وعنده سلعة بعينها ٥/١٨، برقم: ٣، تعليق: سعيد اللحام، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤١٤هـ)، لكن الحديث معلول بالإرسال، وأجيب عنه: بأنه وصله أبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم: ٣٥٢٢؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ١٠٩؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: التفليس، باب: المشتري يموت مفلساً بالثمن ٦/٤٧. من طريق إسماعيل بن عياش عن الزُّبَيْدي عن الزهري عن أبي بكر بن عبد الرحمٰن عن أبي هريرة. قال البيهقي: «لا يصح. يعني موصولاً»، وقال أبو داود: «حديث مالك أصح» يعني، المرسل، وقال الدارقطني: «إسماعيل بن عياش مضطرب الحديث، ولا يثبت هذا عن الزهري مسنداً، وإنما هو مرسل».

قال الألباني في «الإرواء» ٥/٢٧٠: «إسماعيل بن عياش صحيح الحديث في روايته عن الشاميين عند أحمد والبخاري وغيرهما، وهذا من روايته عن الزبيدي، وهو شامي... ولذلك فحديثه هذا صحيح لغيره، والله أعلم».

انظر: التمهيد لابن عبد البر، ت: سعيد أعراب وآخرين، (ط بدون) ٨/٤٠٨؛ ومعالم السنن للخطابي ٥/١٧٥؛ والجوهر النقي لابن التركماني ٦/٤٧؛ ومغني المحتاج ٢/١٦١؛ ونيل الأوطار ٥/٢٤٤؛ وإرواء الغليل ٥/٢٧٠.

(٢) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨/٤١٤.

(٣) انظر تخريج الحديث الآنف الذكر.



أجيب عن هذا الاعتراض: بأن جمعاً من أئمة الحديث روَوه موصولاً، وهو صحيح[١].

□ الترجيح:

إن سبب الخلاف، هو الاختلاف في صحة حديث أبي بكر بن عبد الرحمن، فمن قال بصحته قال: إن البائع ليس له امتياز على الغرماء بل هو أسوة الغرماء، ولا يرجع في عين ماله، ومن لم يقل بصحة الحديث قال: للبائع حق امتياز الرجوع في عين ماله ولو كان قد قبض من الثمن شيئاً[٢].

وحيث إن الراجح هو صحة هذا الحديث فعليه يترجح القول بأن الدائن إذا قبض بعض الثمن لا يكون له حق امتياز في عين ماله، وإنما هو أسوة الغرماء. والله أعلم.

الحالة الثالثة: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس حال حياته وقد بذل له حقه:

اختلف الفقهاء القائلون بصحة استرداد المبيع عند الإفلاس في الحكم إذا بذل الغرماء الثمن للبائع ليترك المبيع، هل يلزم البائع قبول الثمن أو يكون له امتياز بعين ماله؟

للفقهاء قولان في ذلك:

القول الأول:

للبائع امتياز بالمبيع، وله استرداده، ولا يلزمه قبول الثمن إذا بذله له الغرماء، وبه قال الشافعية[٣] والحنابلة[٤].

(١) انظر: تخريج الحديث الآنف الذكر.

(٢) انظر: سبل السلام للصنعاني ٣/ ٥٤، ت: محمد البيانوني وَ د. خليل إبراهيم ملا خاطر، (الرياض: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط٤، ١٤٠٨هـ).

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥؛ وروضة الطالبين ٤/ ١٤٨؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٥٩؛ ونهاية المحتاج ٤/ ٣٤٠.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٤٠؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/ ٦٩؛ والشرح الكبير ١٣/ ٢٥٧؛ والمبدع ٤/ ٣١٣.



القول الثاني:

ليس للبائع امتياز بالمبيع إذا بذل له الغرماء الثمن، وبه قال المالكية[١].

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول:

ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»[٢].

وجه الدلالة من الحديث:

دل هذا الحديث بعمومه على أن صاحب المتاع له امتياز به عند الإفلاس من غير فرق بين أن يبذل الغرماء للبائع الثمن أو لا، فقد جعله ﷺ أحق به على وجه العموم عند الإفلاس[٣].

مناقشة هذا الاستدلال:

«ظاهر الخبر إنما أوجب أخذ المبيع صوناً للمالية، فإذا ضيقت عَمِلْنَا بموجب عقد البيع المتقدم، وهو أولى لما فيه من الجمع بين الموجبات»[٤].

الإجابة عن هذه المناقشة:

يجاب عن ذلك: بأن النبي ﷺ جعل للبائع امتيازاً بسلعته شرط إفلاس المشتري، وهذا الشرط متحقق، ولا يلزم البائع قبول الثمن من الغرماء؛ لأنه لا عقد بينه وبينهم؛ ولأنه يلحقه بذلك ضرر، لأنهم إن خصوه بثمنه من التركة، فإنه لا يأمن تجدد ثبوت دينٍ آخر، فيرجع عليه.

---

(١) انظر: الاستذكار ٢١/ ٣٤؛ والكافي في فقه أهل المدينة ٢/ ٨٢٤؛ والذخيرة ٨/ ١٧٩؛ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٥/ ٢٨٢.

(٢) سبق تخريجه في ص١١٠.

(٣) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٩؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥؛ والمغني ٦/ ٥٤٠.

(٤) الذخيرة ٨/ ١٨٠.





الدليل الثاني: القياس، ومن ذلك:

١ ـ قالوا: إن الزوج إذا أعسر بنفقة الزوجة فبذل النفقة غير الزوج لم يلزم قبول ذلك، فكذلك إذا أعسر المشتري بالثمن فبذل الغرماء الثمن للبائع لا يلزمه قبول ذلك قياساً عليه[١].

مناقشة هذا القياس:

نوقش هذا القياس بأن: الغرماء لهم حق في أموال المفلس، فلهم تحصيل مصلحتهم بإزالة ضرر البائع، ولا منة على المشتري؛ لأنهم ساعون لتحصيل مصلحة أنفسهم، بعكس الأجنبي مع الزوج، لا مصلحة له في بقاء عقد الزوجية، وتلحق الزوج بقبول النفقة من الغير المنة، فافترقا فلا يصح القياس[٢].

الإجابة عن هذه المناقشة:

يمكن الإجابة عن هذه المناقشة بأن: الغرماء لهم حق في أموال المفلس التي لم يتعلق بها حق للغير، أما أمواله التي تعلق بها حق الغير فليس لهم فيها حق، كالمرهون وكالمبيع الذي لم يقبض ثمنه. وكون الغرماء ساعين لمصلحتهم يجاب عنه بأن: مصلحة البائع أولى؛ لأن المبيع عين ماله ولم يستلم من ثمنه شيئاً، وقد قدَّمه ﷺ على المفلس مع أنه عقد معه عقد البيع، فأولى أن يقدم على سائر الغرماء الذين لا عقد لهم معه.

٢ ـ قالوا: إن إفلاس المشتري بالثمن مثل وجود العيب في المبيع، ولما كان بذل البائع أرش العيب لا يمنع المشتري من الرد، وجب أن يكون بذل الغرماء الثمن لا يمنع البائع من أن يكون له امتياز باسترداد المبيع قياساً عليه[٣].

٣ ـ قالوا: إن حق البائع في استرداد المبيع إذا لم يقبض ثمنه مثل حق الشفيع في استرداد الشيء المبيع بالشفعة، فلما كان بذل الغرماء الثمن للشفيع

---

(١) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٩؛ والمغني ٦/ ٥٤٠.
(٢) انظر: الذخيرة ٨/ ١٧٩.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥.



لا يسقط حقه من الشفعة، وجب أن يكون بذل الغرماء الثمن للبائع لا يسقط حقه من استرداد المبيع قياساً عليه(١).

أدلة القول الثاني:

اُسْتُدِلَّ على أن البائع ليس له حق امتياز استرداد المبيع الذي بُذِل له الثمن بالأدلة الآتية:

الدليل الأول:

إن استرداد المبيع إنما كان لإزالة الضرر عن البائع لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن بسبب إفلاس المشتري، فإذا دفع له الثمن كاملاً زال عنه الضرر فسقط حقه من امتياز استرداد المبيع، قياساً على ما لو زال العيب من المبيع(٢).

الإجابة عن هذا الدليل:

أجيب عن زوال الضرر عنه بثلاثة أمور:

الأول: إن هذا الاستدلال ينتقض ببذل أرش العيب، فكما أن المشتري إذا بذل له البائع أرش العيب لا يلزمه قبوله، فكذلك البائع إذا بذل له الثمن عند إفلاس المشتري لا يلزمه قبوله.

الثاني: أن الضرر لم يزل لجواز ظهور غريم لم يرضَ، فيرجع على البائع، فيحصل عليه النقص في الثمن بسبب رجوعه عليه(٣).

الثالث: أنه ينتقض بما لو أعسر الزوج بالنفقة فبذلها غيره أو عجز المكاتب فبذل غيره ما عليه لسيده(٤).

الدليل الثاني: القياس، ومن ذلك:

١ ـ قالوا: إن تعلق حق المرتهن بالمرهون أقوى من تعلق حق البائع بالمبيع؛ لأنهما إذا اجتمعا قدم المرتهن على البائع، فلما ثبت أن الغرماء لو

---

(١) المصدر نفسه.
(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥؛ والمغني ٦/ ٥٤٠.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٦. (٤) انظر: المغني ٦/ ٥٤٠.



بذلوا للمرتهن دَينه سقط حقه من الرهن، وجب إذا بذل الغرماء للبائع الثمن أن يسقط حقه منه في امتياز استرداد المبيع قياساً عليه(١).

الإجابة عن هذا القياس:

أجيب عنه بأن: «تعلق حق المرتهن بالمرهون على سبيل الاستيثاق، لا على سبيل التمليك، فإذا وصل إلى حقه من غير الرهن، فقد حصل له الاستيثاق به، وليس كذلك البائع؛ لأن تعلق حقه بعين ماله على وجه التمليك له، فلم يسقط ببذل الثمن، ألا ترى أن المرتهن ليس له أخذ الرهن بحقه، وللبائع أخذ العين بحقه؟»(٢).

٢ ـ قالوا: إن المستأجر إذا أفلس بالأجرة كان للمؤجر أن يفسخ عقد الإجارة بسبب ذلك، كما أن للبائع أن يفسخ عقد البيع إذا أفلس المشتري بالثمن، وإذا بذل الغرماء للمؤجر الأجرة سقط حقه في فسخ عقد الإجارة، وجب إذا بذل الغرماء للبائع الثمن أن يسقط حقه من الفسخ، قياساً على ذلك(٣).

الإجابة عن هذا القياس:

أجيب عنه بأنه: «متى لم يكن الشيء المستأجر مشغولاً بزرع للمفلس فللمؤجر فسخ الإجارة، ولا يلزمه الإمساك ببذل الأجرة.

وإن كان مشغولاً بزرعه، واتفق الغرماء على بذل تسليم الأجرة فللمؤجر الفسخ، وأخذ أجرة المثل، ولا يسترجع الأرض قبل حصاد الزرع، فقد فسخ الإجارة وإن لم يسترجع الأرض.

وإنما لم يجز أن يسترجعها إذا بذل له ثمن مثلها، وجاز للبائع استرجاع العين وإن بذل له ثمن مثلها، أن بذل الأجرة من استصلاح مال المفلس، فيقع لازماً لا خيار فيه لمن غاب من الغرماء، كما يبذل من ماله أجور حفاظه، وليس كذلك بذل ثمن المبيع؛ لأنه لا يقع لازماً، ولا فيه استصلاح لباقي ماله»(٤).

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥.
(٢) الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٦.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٥.
(٤) الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٦.



□ الترجيح:

يظهر مما تقدم أن الراجح ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الأول، وهو أن البائع له حق امتياز في استرداد المبيع عند إفلاس المشتري بالثمن، وإن بذل له الغرماء الثمن، وذلك لقوة ما استُدل به لهذا القول؛ ولأنه أمكن مناقشة أدلة القول الثاني، كما أن تسليط الغرماء على أخذ السلعة من البائع عند إفلاس المشتري هو تسليط من غير عقد بينه وبينهم؛ لأن العقد بين البائع والمفلس، وليس بين البائع والغرماء؛ ولأنه إذا لم يكن للمشتري المفلس أخذ السلعة من البائع؛ لأن الرسول ﷺ جعل البائع أحق بها منه، فمن باب أولى أنه لا حق للغرماء في منع البائع من استرداد المبيع[١]. والله أعلم.

الحالة الرابعة: امتياز من وجد عين ماله عند المدين المفلس بعد وفاته:

اختلف الفقهاء في من وجد عين ماله عند المدين المفلس بعد وفاته، هل له امتياز بذلك أو أنه أسوة الغرماء؟ على قولين:

القول الأول:

إن البائع أسوة الغرماء، وبه قال المالكية[٢] والحنابلة[٣].

القول الثاني:

إن البائع له امتياز بعين ماله إذا مات المشتري مفلساً، وبه قال

(١) انظر: حكم استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان بن غازي الشمراني، ص٥٣ ـ ٥٩، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، العدد: ٤٠، شوال ـ ١٤٢٣هـ.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد القرطبي ٢/ ٣٣٤، ت: د. محمد حجي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ)؛ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٥/ ٢٨٢؛ وأسهل المدارك لأبي بكر الكشناوي ٣/ ١٣، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٠؛ وكشاف القناع ٣/ ٤٢٦؛ ومطالب أولي النهى ٣/ ٣٧٩.



الشافعية(١) والأوزاعي(٢).

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

الدليل الأول:

ما رواه مالك بسنده عن أبي بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً، فوجده بعينه فهو أحق به، وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة الغرماء»(٣).

وجه الدلالة من هذا الحديث:

الحديث نص في محل النزاع حيث ورد فيه التفريق بين الموت والإفلاس في حكم الرجوع، فأثبت امتياز الاسترداد في حال الإفلاس، ومنعه في حال الموت(٤).

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

أورد على الاستدلال بهذا الحديث ثلاثة اعتراضات:

الاعتراض الأول: إنه مرسل، والاحتجاج به لا يلزم(٥).

ويجاب ـ بما سبق(٦) ـ أن الحديث وإن كان مرسلاً، فقد جاء موصولاً، فهو صالح للاحتجاج به(٧).

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٤/١٢٧؛ ونهاية المحتاج ٤/٣٣٦؛ والاستغناء في الفروق والاستثناء للبكري ٢/٤٣٧.
(٢) انظر: مختصر اختلاف العلماء، للطحاوي ٣/٣٩٧.
(٣) سبق تخريجه في ص١٦٨.
(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨/٤١٥.
(٥) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٦/٢٧٤؛ والمغني ٦/٥٦١.
(٦) في ص١٦٩.
(٧) انظر: المغني ٦/٥٦١.





الاعتراض الثاني: إن الزيادة يحتمل أن تكون مدرجة[١]، من رأي أبي بكر بن عبد الرحمن، وقرينة الاحتمال أن الذين وصلوه عنه لم يذكروا قضية ما إذا مات، وكذلك الذين رووه عن أبي هريرة[٢].

وقد أجاب ابن القيم رحمه الله عن دعوى الإدراج بقوله:

«الإدراج لا يثبت إلا بحجة، فإن الراوي لم يقل: قال فلان بعد ذكره المرفوع، وإنما هو ظن...، فالإدراج بمثل هذا لا يثبت، ولا يعلل به الحديث»[٣].

الاعتراض الثالث: إن الحديث بَيَّنَ الحكم في الرجوع بعين المال في مسألتين مختلفتين:

الأولى: من وجد متاعه بعينه في حال إفلاس المدين، والحكم «أنه أحق به».

الثانية: من وجد متاعه بعينه في حال موت المدين، والحكم «أنه أسوة الغرماء».

فقوله ﷺ: «وإن مات الذي ابتاعه»، كلام مستأنف فيمن مات مليّاً فوجد

---

(١) الحديث المدرج هو: ما كانت فيه زيادة ليست منه، والإدراج يقع في المتن وفي السند. والمدرج في المتن هو: الملحق في الخبر من قول راوٍ أو صحابي أو غيره بلا فصل.

انظر: النكت على كتاب: ابن الصلاح لابن حجر العسقلاني ٢/ ٨١١، ت:د. ربيع بن هادي، (الرياض: دار الراية، ط٢، ١٤٠٨هـ)؛ واختصار علوم الحديث لابن كثير ١/ ٢٢٤ مع الباعث الحثيث لأحمد شاكر، ت: علي حسن عبد الحميد، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٥هـ)؛ وتدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للسيوطي ٢/٢٢٦، ت: د. أحمد عمر هاشم، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط بدون، ١٤٠٩هـ).

(٢) انظر: فتح الباري ٥/ ٧٩؛ وسبل السلام ٣/ ٥٥، وقال الإمام الشافعي في الأم ٣/ ٢١٩: «إن أبا بكر بن عبد الرحمٰن يروي عن أبي هريرة حديثاً ليس فيه ما روى ابن شهاب عنه مرسلاً، إن كان روى كله، فلا أدري عمن رواه، ولعله روى أول الحديث وقال برأيه آخره». اهـ.

(٣) تهذيب السنن ٥/ ١٧٦.





البائع متاعه بعينه، فليس له حق الرجوع، ويؤيد هذا ما رواه عمر بن خلدة[١] قال: أتينا أبا هريرة في صاحب لنا أصيب؛ يعني أفلس، فأصاب رجل متاعاً بعينه. قال أبو هريرة: «هذا الذي قضى فيه رسول الله ﷺ أن من أفلس أو مات فأدرك رجل متاعه بعينه فهو أحق به إلا أن يدع الرجل وفاء»[٢].

الدليل الثاني:

إن الملك قد انتقل بموت المفلس إلى الورثة، فلا ينزع منهم بفلس غيرهم، أشبه ما لو باعه[٣].

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أن التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد سداد الدين لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

الوجه الثاني: لو سلم أن الملك ينتقل بالموت إلى الورثة فإنه ينتقل على الوجه الذي كان على ملك المورِّث، بدليل أنه لو مات عن شقص قد استحق الشفعة، كان الشقص منتقلاً إلى الوارث مع ما تعلق به من استحقاق الشفعة، كذلك هنا فمال المفلس قد انتقل إلى الوارث بما قد تعلق به من حق الاسترداد لعين ماله[٤].

---

(١) هو: عمر بن خلدة الزرقي الأنصاري، أبو حفص المدني القاضي، ولي قضاء المدينة في زمن عبد الملك بن مروان، روى عن أبي هريرة، وروى عنه: أبو المعتمر بن عمرو وغيره، ذكره ابن حبان في الثقات، ووثقه النسائي، وقال الحافظ ابن حجر في القريب: «ثقة».
انظر ترجمته في: تهذيب الكمال في أسماء الرجال للمزي ٢١/٣٢٨؛ والثقات لابن حبان ٥/١٤٨؛ وتقريب التهذيب لابن حجر، ص٧١٧، برقم: ٤٩٢٤، ت: أبو الأشبال صغير أحمد الباكستاني، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٦هـ).

(٢) رواه الدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ١٠٦؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: التفليس، باب: المشتري يموت مفلساً بالثمن ٦/٤٦؛ ووكيع في «أخبار القضاة»، القضاة بعد رسول الله ﷺ (عمر بن خلدة الزرقي) ١/١٣١، (بيروت: عالم الكتب).

(٣) انظر: المبدع ٤/٣١٤؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٠.

(٤) انظر: الأم ٣/ ٢٢٠؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٧٤.



أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بالأدلة الآتية:

الدليل الأول:

ما ورد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره»[١].

وجه الدلالة من الحديث:

إن الحديث نص في أن من أدرك ماله بعينه عند الإفلاس له حق امتياز به على غيره، وهو عام فيشمل حالة الوفاة.

الدليل الثاني:

عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه»[٢].

مناقشة الاستدلال بهذا الحديث:

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأنه مجهول الإسناد فلا يحتج به[٣].

---

(١) سبق تخريجه في، ص١١٠.

(٢) رواه الشافعي في «الأم» في التفليس، واللفظ له ٣/٢٠٣؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: في الرجل يفلس فيجد الرجل متاعه بعينه عنده، برقم: ٣٥٢٣؛ وابن ماجه في «سننه»، كتاب: الأحكام، باب: من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، برقم: ٢٣٦٠؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ١٠٦؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: التفليس، باب: المشتري يموت مفلساً بالثمن ٦/٤٦؛ والحاكم في «مستدركه»، كتاب: البيوع، باب: أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه، برقم: ٢٣٦١، وقال الحاكم: هذا حديث عال صحيح الإسناد ووافقه الذهبي في التلخيص، وقال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» ٥/٧٩: وهو حديث حسن يحتج بمثله، وكذا قاله الصنعاني في «سبل السلام» ٣/٥٥.

(٣) قال فيه ابن المنذر في «الإشراف على مذاهب أهل العلم» ١/١٣٩، ت: محمد نجيب سراج الدين، (الدوحة: دار الثقافة، ط١، ١٤٠٦هـ): «حديث مجهول الإسناد، وجهالة الإسناد أتت من أبي المعتمر بن عمرو». وقال فيه الحافظ ابن حجر في «التقريب»، ص١٢٠٧، «أبو المعتمر بن عمرو بن رافع المدني، مجهول =



الدليل الثالث:

لما استحق الدائن بالحجر للإفلاس أن يرجع بعين ماله مع بقاء ذمة المدين فرجوعه بفلس الميت أولى لتلف ذمته بالموت[(١)]، حيث لا يرجى منه أن يستفيد شيئاً، بخلاف الحي يفلس فإنه ترجى استفادته وقضاء دينه[(٢)].

الدليل الرابع:

إن كل حق تعلق بالعين لم يبطل بالموت مع بقاء العين كالرهن إذا مات راهنه، والعبد الجاني إذا مات سيده[(٣)].

الدليل الخامس:

أن أقوى أحوال الوارث أن يكون مثل مورثه، فلما لم يكن للمفلس أن يمنع البائع من الرجوع بعين ماله، فوارثه أولى أن لا يكون له منع البائع من الرجوع بعين ماله[(٤)].

□ **الترجيح:**

الذي يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الثاني، وهو أن المدين إذا أفلس فلمن وجد ماله بعينه حق امتياز في استرداده سواء كان المفلس حياً أو ميتاً؛ وذلك لعموم الخبر المتفق على صحته: «من أدرك ماله عند رجل قد أفلس فهو أحق به»[(٥)].

ويحمل حديث أبي بكر بن عبد الرحمن على ما إذا مات المدين ملياً،

= الحال»، وقال في «الجوهر النقي» ٦/ ٤٧: «في سنده أبو المعتمر ليس بمعروف»، وقال الذهبي في «الميزان» ٤/ ١١٢، ت: علي البجاوي وَفتحية البجاوي، (دار الفكر العربي، ط بدون): «لا يكاد يعرف»، وقال في «الإرواء» ٥/ ٢٧٢: «بل هو مجهول العين».

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٣.

(٢) انظر: الأم للشافعي ٣/ ٢٢٠؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٧٣.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٣.

(٤) انظر: الأم ٣/ ٢٢٠؛ والحاوي الكبير ٦/ ٢٧٣.

(٥) سبق تخريجه في ص١١٠.





وحديث عمر بن خلدة على ما إذا مات مفلساً جمعاً بين الحديثين[١]، ويؤيد هذا الحمل ما جاء في رواية ابن خلدة، وفيه: «إلا أن يدع الرجل وفاءً»[٢]. والله أعلم.

* المسألة الثانية *

امتياز المشتري بالمبيع بعد فسخ البيع

اتفق الفقهاء ـ رحمهم الله ـ على ثبوت خيار العيب للمشتري عند اطلاعه على عيب في المعقود عليه[٣]. لكنهم اختلفوا في مدى هذا الخيار: أهو حق الإمضاء أو الفسخ فقط، أو هو ذلك مع حق امتياز المبيع والرجوع على البائع لاسترداد قيمة نقصان العيب؟

ومحل هذا الخلاف إذا لم يتعذر الرد[٤]، أما إذا تعذر الرد فللمشتري حق الامتياز والرجوع بقيمة النقصان، تعويضاً عما فوَّته العيب من حقه في سلامة المبيع الثابت له بمقتضى العقد.

القول الأول:

لصاحب الخيار الحق في إمضاء العقد أو الفسخ فقط، وبهذا قال الحنفية[٥] والمالكية[٦] والشافعية[٧] والظاهرية[٨].

---

(١) وبه قال الإمام الشافعي رحمه الله؛ انظر: فتح الباري ٥/ ٧٩؛ ونيل الأوطار ٥/ ٢٤٤.
(٢) سبق تخريجه في ص١٧٨.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٧٤؛ والاختيار ٢/ ١٩؛ والكافي لابن عبد البر ٢/ ٧١٠؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢١٠؛ والمهذب ١/ ٣٧٦؛ ونهاية المحتاج ٤/ ٢٥؛ والمغني ٦/ ٢٢٩؛ والإنصاف ٤/ ٤١٠.
(٤) انظر: المغني ٦/ ٢٢٩.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ٢٧٤؛ والاختيار ٢/ ١٩.
(٦) انظر: الخرشي على خليل ٥/ ١٢٥؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢١٠؛ وقوانين الأحكام الشرعية لابن جزي الغرناطي، ص١٧٦، (بيروت: دار القلم، ط بدون).
(٧) انظر: المهذب ١/ ٣٧٦؛ ونهاية المحتاج ٤/ ٢٥.
(٨) انظر: المحلى ٩/ ٦٥، م: ١٥٧٠.

القول الثاني:

للمشتري حق الفسخ أو امتياز إمساك المبيع والرجوع على البائع بقيمة نقصان العيب، وبه قال الحنابلة[١] وإسحاق[٢].

* الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١ ـ إن حق الخيار أثبته الشارع للمشتري، فيرجع في بيانه إلى ما ورد عن الشارع، والذي ورد عنه إنما هو حق الرد فقط، فقد روت عائشة[٣] أن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد به عيباً، فخاصمه إلى النبي ﷺ فردَّه عليه، فقال الرجل: يا رسول الله، قد استعمل غلامي، فقال رسول الله ﷺ: «الخراج بالضمان»[٤].

---

(١) انظر: المغني ٦/ ٢٢٩؛ والإنصاف ٤/ ٤١٠؛ وكشاف القناع ٣/ ٢٢٨؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ١٧٦ ـ ١٧٧.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٢٢٩.

(٣) هي: عائشة بنت الصديق أبي بكر عبد الله بن أبي قحافة القرشية، روت علماً كثيراً، كانت حافظة لعلم الحلال والحرام، راوية للشعر والنسب والأخبار، توفيت بالمدينة سنة (٥٧هـ)، ودفنت بالبقيع.
انظر ترجمتها في: الاستيعاب ٤/ ٤٣٥؛ وحلية الأولياء ٢/ ٤٣؛ والإصابة ٨/ ١٣٩.

(٤) رواه أحمد في «مسنده» ٦/ ٤٩، ١٦١، ٢٠٨، ٢٣٨؛ والشافعي في «مسنده»، كتاب: البيوع، باب: فيما نهي عنه من البيوع برقم: ٤٨٠ مع شفاء العي؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً برقم: ٣٥٠٨؛ والنسائي في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: الخراج بالضمان ٧/ ٢٥٤؛ والترمذي في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: فيمن اشترى العبد ويستغله ثم يجد به عيباً برقم: ١٢٨٥، وقال: هذا حديث حسن صحيح؛ وابن ماجه في «سننه»، كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، برقم: ٢٢٤٢؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع ٣/ ٥٣، برقم: ٢١٤؛ وابن الجارود في «المنتقى»، باب: القضاء في البيوع، برقم: ٦٢٧؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: البيوع، باب: المشتري يجد بما اشتراه عيباً ٥/ ٣٢١؛ والحاكم في «مستدركه»، كتاب: البيوع، باب: الخراج بالضمان برقم: ٢٢٢٢، وقال: هذا صحيح الإسناد =



وجه الاستدلال من الحديث:

لو كان لصاحب الخيار حق امتياز إمساك المبيع والرجوع بالنقصان لذكره وبيَّنه ﷺ، وحيث لم يذكره يتبين أن هذا هو الحكم.

٢ ـ قالوا: ولأن الأصل السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة؛ لأن غرضه الانتفاع بالمبيع ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة[١].

٣ ـ قالوا: ولأن المشتري لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً. فإذا فاتت المساواة كان له الخيار كما إذا اشترى جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك[٢].

ودليل القول الثاني:

إن المتبايعين قد تراضيا على أن العوض في مقابلة المعوض، فكل جزء من العوض يقابله جزء من المعوض، ومع العيب فات جزء من المبيع، فكان له حق الرجوع ببدله وهو الأرش، كما لو اشترى عشرة أقفزة مثلاً فوجدها تسعة حيث يكون له الرجوع ببدل العاشر[٣].

ويجاب عن ذلك:

بأن العقد إنما جرى على معين مشروط السلامة ضمناً، فإذا فات هذا الشرط واتضح أنه معيب فلمن له الخيار ردُّه لدفع الغبن عن نفسه، أما اختيار المشتري الإمساك مع المطالبة بالأرش فذلك ما لم يجر عليه العقد، وإنما هو من باب الصلح فينبغي أن يكون برضى البائع، وإلا كانت تجارة عن غير تراض، وهذا لا يجوز.

= ولم يخرجاه؛ وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٤/٢١ ـ ٢٢، وقال: «تلقى العلماء هذا الخبر بالقبول»؛ وقال في «الإرواء» ٥/١٥٨: «حديث حسن»؛ وقال في «الهداية في تخريج أحاديث البداية» ٧/٣٣٧: «والحديث صحيح على كل حال».

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤؛ والكافي لابن عبد البر ٢/٧١٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٧٤؛ والاختيار ٢/١٨.

(٣) انظر: المغني ٦/٢٢٩؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/١٧٦ ـ ١٧٧.



ثم إذا قلنا بإجبار البائع على دفع الأرش إذا اختار المشتري الإمساك فإننا في مقابل ذلك ينبغي أن نقول: إذا طلب البائع من المشتري إمساك المبيع المعيب ويدفع له الأرش، فإن المشتري في هذه الحالة يجبر على القبول، وهذا لا يقول به أصحاب هذا المذهب.

□ الترجيح:

الذي يبدو لي ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ وذلك لأن إلزام البائع بقيمة نقصان العيب فيه ضرر عليه بإخراج ملكه بثمن لم يرضه، والضرر لا يجوز، وإن كان فيه إزالة ضرر عن المشتري؛ لأن الضرر لا يزال بمثله.

ولهذا كان الحكم إما فسخ العقد ورد المبيع إلى صاحبه واسترداد الثمن منه، وإما إمضاء العقد على حالته إلا إذا تراضيا على الحط من الثمن[١]. والله أعلم.

❊ المسألة الثالثة ❊

امتياز المشتري بالمبيع إذا كان مستحقاً

اختلف الفقهاء في حق امتياز مشتري المتاع الذي باعه الحاكم من أموال المدين إذا ظهر مستحقاً وتلف الثمن، على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن للمشتري حق امتياز إذا كان البائع هو المفلس، وهذا مذهب الحنفية[٢].

---

(١) انظر: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٣/ ٥٧١؛ ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/ ٣٤٠ ـ ٣٤١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٥٦؛ ومختصر اختلاف العلماء لأبي جعفر الطحاوي، اختصار: أبي بكر الجصاص ٣/ ١٧١.

القول الثاني:

للمشتري حق امتياز مطلقاً، وهو مذهب الشافعية[١] والحنابلة[٢].

القول الثالث:

ليس للمشتري حق امتياز ويكون أسوة الغرماء، وهو مذهب المالكية[٣]، وقول في مذهب الشافعية[٤]، وظاهر كلام ابن قدامة في المقنع[٥].

*** الأدلة والمناقشة:**

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

قالوا: إن ذلك قياس على الرهن، فكما أن الرهن إذا باعه الراهن وتلف الثمن كان الضمان على الراهن دون المرتهن؛ لأنه مبيع في حقه، فكذلك المتاع هنا إذا باعه المفلس كان الرجوع فيه في مال المفلس قبل غيره من الديون.

وأما إذا كان البائع غير المفلس كالأمين العدل، فإن الضمان يكون على من كان المبيع في حقه وهو المرتهن، ويكون مشتري المتاع أسوة الغرماء[٦].

مناقشة هذا الاستدلال:

يمكن مناقشة هذا الاستدلال من وجهين:

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٤/ ١٤٤؛ والنجم الوهاج في شرح المنهاج للدمِيري ٤/ ٣٧٠، (بيروت: دار المنهاج، ط١، ١٤٢٥هـ)؛ والغرر البهية لزكريا الأنصاري ٥/ ٢٩٨، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ)؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٥٣.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٥٨٠؛ وكشاف القناع ٣/ ٢١٨.

(٣) انظر: المعونة ٢/ ١١٨٦؛ وعقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٧٨٧، ت: د. حميد بن محمد لَحْمَر، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٢٣هـ)؛ والذخيرة ١٠/ ٢٠٠؛ وحاشية الدسوقي ٣/ ٢٧٤.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٤/ ١٤٤؛ والنجم الوهاج ٤/ ٣٧٠.

(٥) انظر: الإنصاف ٥/ ٢٨٧.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٥٦؛ وتبيين الحقائق ٦/ ٨٠؛ وحاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق ٦/ ٨٠.



الوجه الأول: عدم التسليم بأن ضمان الرهن يكون على المرتهن، ولكنه يكون على الراهن(١).

الوجه الثاني: مع التسليم فإنه لا فرق بين يد المفلس ويد العدل الأمين؛ لأن جواز بيعه وتصرفه موقوف على إذن الحاكم، ثم إذا ثبت أن المفلس إذا باع المتاع كان ثمنه من ضمانه دون الغرماء لبقاء المتاع على ملكه وجب إذا باعه العدل أن يكون ثمنه من ضمان المفلس دون الغرماء لبقاء المتاع على ملكه(٢).

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بما يأتي:

١ ـ إن المشتري لم يدخل في العقد راضياً بذمة المفلس حتى يكون حقه في ذمة المفلس، فلا يجوز أن يسوَّى مع من دخل في العقد راضياً بذمة المفلس وهم باقي الغرماء(٣).

٢ ـ إننا لو لم نثبت حق الامتياز للمشتري لأدى ذلك إلى الامتناع من ابتياع مال المفلس خوفاً من دخول الضرر في تأخير الثمن فوجب تقديمه به، كما وجب تقديم المنادي بأجرته والدلال بجعالته ليقدم الناس على معاملته، وفي ذلك مصلحة لباقي الغرماء(٤).

أدلة القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول:

بأن ثمن المتاع إذا تلف دين في ذمة المفلس، فيحاص الغرماء لمساواته لهم في أصل الاستحقاق في تعلق الدين بذمة المفلس قياساً على ما لو أتلف

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/١٤١.
(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/١٤٠؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٣.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/١٤٢.
(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/١٤٢؛ والنجم الوهاج ٤/٣٧٠؛ والغرر البهية ٥/٢٩٨؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٣.



المفلس مال رجل فتعلق الغرم بذمته، فإنه يكون أسوة الغرماء[(١)].

□ الترجيح:

الذي يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الثاني، وهو أن لمشتري المتاع الذي باعه الحاكم من أموال المدين حق امتياز إذا كان مستحقاً وتلف الثمن؛ لما في ذلك من مصلحة لجميع الغرماء؛ لأن في ذلك تشجيعاً للناس على شراء أموال المفلس مما يرفع من ثمنها فيعود ذلك بالنفع على جميع الغرماء. والله أعلم.

* المسألة الرابعة *

امتياز المشتري في قطف الثمار على غيره

إذا رجع البائع بعين ماله من النخل ونحوه من سائر الأشجار، فصارت الثمرة للمشتري المفلس، فله ولغرمائه ثلاثة أحوال:

الحال الأولى: أن يتفقوا جميعاً على ترك الثمرة إلى أوان الجذاذ، فلهم ذلك[(٢)]؛ لأنه ملك أحدهما، وحق الآخر، فإذا اتفقوا عملوا به[(٣)].

الحال الثانية: أن يتفقوا جميعاً على قطع الثمرة وبيعها في الحال فلهم ذلك[(٤)]؛ ليتعجلوا الحق، ويأمنوا الخطر[(٥)].

الحال الثالث: أن يختلف المفلس والغرماء، فيطلب أحدهما القطع، ويطلب الآخر التبقية، فقد اختلف الفقهاء[(٦)] في ذلك على ثلاثة أقوال:

---

(١) انظر: المعونة ٢/١١٨٦؛ والذخيرة ١٠/٢٠٠، شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٧؛ وحاشية الدسوقي ٣/٢٧٥؛ والحاوي الكبير ٦/١٤٢؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٣.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٨٤؛ والمهذب ١/٤٢٨؛ والمغني ٦/٥٥٤؛ والإنصاف ٥/٣٠٠.

(٣) انظر: المهذب ١/٤٢٨.

(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٨٤؛ والمهذب ١/٤٢٨؛ وروضة الطالبين ٤/١٥٢؛ والكافي لابن قدامة ٣/٢٤٢؛ والمغني ٦/٥٥٤؛ والإنصاف ٥/٣٠٠.

(٥) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٨٤.

(٦) هذا الاختلاف لفقهاء الشافعية والحنابلة، أما المالكية فإنهم يجملون الكلام في =

القول الأول: إن كان الثمر مما لا قيمة له لو قطع لم يقطع، وإن كان له قيمة لو قطع ثبت الامتياز لمن أراد القطع من المفلس والغرماء، وهذا هو المذهب عند الشافعية[١] وأحد الوجوه عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: ينظر إلى ما فيه الأحظ فيعمل به، وهذا وجه عند الشافعية[٣] وأحد الوجوه عند الحنابلة[٤] وصوّبه في الإنصاف[٥].

القول الثالث: إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم وكان لهم امتياز في ذلك، وإن كان الطالب للقطع المفلس دونهم، وكان التأخير أحظ له لم يقطع، وهذا وجه عند الحنابلة[٦].

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

استدلوا على الحالة الأولى بما يأتي:

١ ـ أنه إذا كان لا قيمة له، فقطعه سفهٌ ولا فائدة منه[٧].

٢ ـ أنه تضييع للمال، وهو منهي عنه شرعاً[٨].

= ذلك. قال القرافي موضحاً مذهبهم في الذخيرة ٦/ ١٨٥: «ولو باع شجراً بلا ثمر أو فيها ثمر لم يؤبر، فهو للبائع، أو أبِّر فللمبتاع. وإذا جذ الثمرةَ افترق المأبور عن غيره عند ابن القاسم، المأبور للبائع أخذه، وغيره كالغلة لا ترد»؛ وانظر: الاستذكار ٢١/ ٣٦.

(١) انظر: فتح العزيز ١٠/ ٢٤١ مع المجموع؛ وروضة الطالبين ٤/ ١٥٢، ١٦٥؛ وأما في الحاوي الكبير ٦/ ٢٨٤، وفي المهذب ١/ ٤٢٨، فلم يفرقا بين: ما لا قيمة له، وبين ما له قيمة، وقالا: إنه في حالة الاختلاف يقدم قول من طلب القطع.

(٢) انظر: المغني ٦/ ٥٥٤؛ والإنصاف ٥/ ٣٠٠.

(٣) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي ١٠/ ٢٤١، مطبوع مع المجموع شرح المهذب للنووي؛ وروضة الطالبين ٤/ ١٥٣، ١٦٥.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٥٤؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩٣.

(٥) ٥/ ٣٠٠.

(٦) انظر: المغني ٦/ ٥٥٤.

(٧) انظر: روضة الطالبين ٤/ ١٥٢؛ والمغني ٦/ ٥٥٤؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩٣.

(٨) انظر: المغني ٦/ ٥٥٤، والحديث رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الاستقراض، =

واستدلوا للحالة الثانية بما يأتي:

١ ـ أنه أحوط فإن في تبقيته غرراً[١].

٢ ـ أنه إذا كان الغرماء طلبوا التبقية، فليس عليه تنمية ماله لهم، وإن كان المفلس هو الذي طلب التبقية، فليس عليهم الصبر إلى أن ينمو ماله[٢].

٣ ـ أن طالب القطع إن كان هو المفلس، فهو يقصد تبرئة ذمته، وإن كان الغرماء، فهم يطلبون تعجيل حقوقهم، وذلك حق لهم[٣].

واستدل أصحاب القول الثاني:

بأن ذلك أنفع لجميعهم، والظاهر سلامة الثمر، ولهذا يجوز أن يزرع للمولّى عليه[٤].

ونوقش هذا الدليل:

بأن هذا يمكن العمل به إن اتفقوا على ذلك. أما في حالة الاختلاف، فإن هذه المصلحة محتملة، فالأولى إجابة من طلب القطع؛ لأنه إن كان للمفلس؛ فلأن ذمته مرتهنة بدينه، ولا يأمن من تلف الثمرة، وبقاء الدين.

وإن كان الطالب للقطع هم الغرماء؛ فلأن حقوقهم معجلة فلا يلزمهم تأخيرها بدون رضاهم[٥].

واستدل أصحاب القول الثالث:

بأنه «إن كان الطالب للقطع الغرماء وجبت إجابتهم؛ لأن حقوقهم حالّة، فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها.

وإن كان الطالب له المفلس دونهم وكان التأخير أحظ له، لم يقطع؛

= باب: ما ينهى عن إضاعة المال..، برقم: ٢٤٠٨؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: الأقضية، باب: النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة..، برقم: ١٧١٥.

(١) انظر: المغني ٦/٥٥٤؛ والكافي ٣/٢٤٣.

(٢) انظر: فتح العزيز مع المجموع ١٠/٢٤١.

(٣) انظر: المغني ٦/٥٥٤؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢٩٣.

(٤) انظر: المغني ٦/٥٥٤.

(٥) انظر: المغني ٦/٥٥٤؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/٢٩٣.

لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم لحظٍّ يحصل لهم، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه، ومنعٌ للغرماء من استيفاء القدر الذي يحصل من الزيادة بالتأخير، فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك»[١].

ونوقش هذا الدليل:

١ ـ بأن إلزام المفلس بإجابة الغرماء إن طلبوا التبقية، ليس بأولى من إجابة المفلس إن طلب التبقية، فالتفريق بينهما فيه نظر.

٢ ـ ولأن زيادة الثمرة بالتبقية، هي زيادةٌ محتملة، فلا يؤمن أن تصاب بجائحة فتتلف.

٣ ـ ولأن ذمته مرتهنة بدينه، فلا يمنع من الإبقاء من أجل مصلحة محتملة[٢].

□ الترجيح:

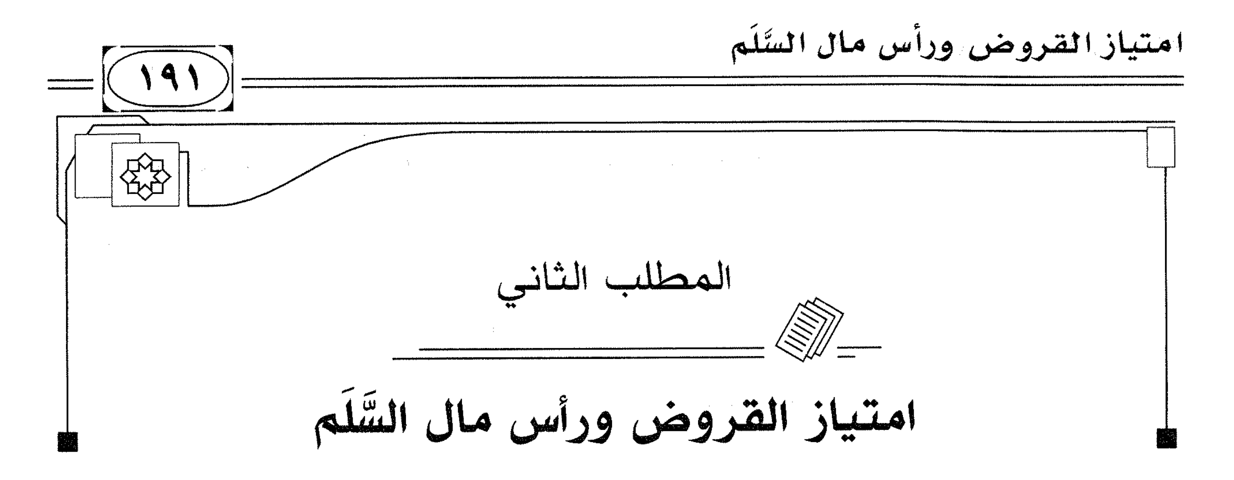
في ضوء ما تقدم يترجح لي ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الأول القاضي بأن الثمر إن كان مما لا قيمة له لو قطع لم يقطع، وإن كان له قيمة لو قطع ثبت حق الامتياز لمن أراد القطع من المفلس والغرماء، وذلك لقوة ما استُدِل به له، وللإجابة عما استُدِل به لغيره. والله أعلم.

---

(١) المغني ٦/ ٥٥٤.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع الإنصاف ١٣/ ٢٩١؛ وشروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، عدلان ابن غازي الشمراني، ص٣٧١، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، العدد: ٣٩، رجب ـ ١٤٢٣هـ.





المطلب الثاني

امتياز القروض ورأس مال السَّلَم

وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: امتياز القروض على باقي الغرماء.

المسألة الثانية: امتياز رأس مال السلم على باقي الغرماء.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

امتياز القروض على باقي الغرماء

لقد تقدم في المسألة الأولى من المطلب الأول في هذا الفصل[(١)] أن الراجح هو رأي الجمهور في أن صاحب السلعة له امتياز على سلعته عند فلس المشتري، ولاستكمال بحث هذا الموضوع جرى عقد هذه المسألة التي تتناول حكم دخول القرض في هذا الحكم أو عدمه، وذلك من خلال بيان آراء الفقهاء.

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إن كون البائع له امتياز بالسلعة التي بقيت في يد المفلس مختص بالبيع دون القرض، وهو مذهب المالكية[(٢)].

القول الثاني: إن هذا الحكم هو في البيع، وهو يشمل القرض من باب

---

(١) انظر: ص١٤٨.

(٢) انظر: القوانين الفقهية، ص٢١٠؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٩٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٢٨٤ ـ ٢٨٥.



أولى، وهو مذهب الشافعية[١] والحنابلة[٢] والظاهرية[٣].

* **الأدلة والمناقشة:**

أولاً: استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

أن الأحاديث السابقة[٤] قد صرحت بالبيع فتحمل عليه حصراً، من ذلك رواية:

«إذا ابتاع الرجل سلعته ثم فلَّس وهي عنده بعينها، فهو أحق بها من الغرماء»[٥]، فتحمل الرواية العامة على الصورة الخاصة[٦].

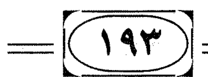
وأجيب عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول: «إن التصريح بالبيع لا يصلح لتقييد الروايات المطلقة؛ لأنه إنما يدل على أن البيع بخلافه بمفهوم اللقب، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد»[٧].

الجواب الثاني: إن الحديث وإن كان يتكلم في حكم المفلس، فإنه ليس فيه ما يدل على أنه وارد في حادثة واحدة حتى يقال: الظاهر أن مراد الراوي من المطلق هو المقيد؛ وذلك لأن الحديث قد جاء عن أكثر من صحابي، وليس عن أبي هريرة رضي الله عنه فقط كما ظن بعض العلماء، فالحديث قد جاء عن أبي هريرة وابن عمر وسمرة رضي الله عنهم[٨].

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٤/ ١٥٤؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٥٨.
(٢) انظر: المغني ٦/ ٥٤٢؛ والإنصاف ٥/ ٣٠٢.
(٣) انظر: المحلى ٨/ ١٧٥، برقم: ١٢٨٣. (٤) انظر ذلك في ص١٢٩، ١٣٣، ١٣٦.
(٥) رواه عبد الرزاق في «مصنفه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يفلس فيجد سلعته بعينها، برقم: ١٥١٦١؛ وابن ماجه في «سننه»، كتاب: الأحكام، باب: من وجد متاعه بعينه عند رجل قد أفلس، برقم: ٢٣٥٩؛ وابن حبان في «صحيحه»، كتاب: البيوع، باب: الفلس برقم: ٥٠٣٧، واللفظ له؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ١٠٨؛ وصحح إسناده الألباني في «صحيح سنن ابن ماجه»، برقم: ١٩٢٤؛ وفي «الإرواء» ٥/ ٢٦٩؛ وشعيب الأرناؤوط في تحقيقه لـ«صحيح ابن حبان» ١١/ ٤١٤.
(٦) انظر: نيل الأوطار ٥/ ٢٤٤. (٧) نيل الأوطار ٥/ ٢٤٤.
(٨) انظر: فتح الباري ٥/ ٧٨؛ والتلخيص الحبير لابن حجر ٣/ ٣٨ ـ ٣٩، ت: السيد =

وحديث سمرة ليس فيه ذكر البيع، وحديث ابن عمر فيه ذكر البيع، واختلفت الروايات في حديث أبي هريرة، وأوضح روايات حديث أبي هريرة هي التي جاءت خالية من ذكر البيع، وهي التي اقتصر على إخراجها البخاري[١] ومسلم مما يدل على أن الروايات الخالية من ذكر البيع هي الأصح عندهم، ولهذا أشار البخاري إلى الروايات التي جاء فيها ذكر البيع إشارة فقط، وحين أخرج اقتصر على إخراج لفظ الرواية التي لم تذكر البيع، ولهذا ترجم لهذا بقوله: «باب: إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به»[٢].

وهكذا يتضح أن الحديث قد جاء عن صحابة مختلفين، وبألفاظ مختلفة، فالأقرب أن لا يكون في حادثة واحدة.

على أن الحديث حتى لو كان في البيع خاصة، فإن القرض يقاس عليه من باب أولى[٣].

ثانياً: استدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١ ـ عموم اللفظ الوارد في حديث أبي هريرة رضي الله عنه: «من أدرك ماله بعينه عند رجل أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره»[٤].

فهذا نص عام يشمل البائع والمقرض[٥].

= عبد الله هاشم اليماني، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

(١) هو: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة، البخاري، أبو عبد الله، الإمام الحافظ، أمير المؤمنين في الحديث، ولد سنة (١٩٤هـ)، طلب العلم، ورحل، وجمع له: الجامع الصحيح، والتاريخ الكبير، والتاريخ الصغير، وغيرها، توفي سنة (٢٥٦هـ).

انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ٢/ ٤؛ وسير أعلام النبلاء ١٢/ ٣٩١؛ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٢/ ٢١٢.

(٢) انظر: صحيح البخاري ٥/ ٧٦ مع فتح الباري.

(٣) انظر: فتح الباري ٥/ ٧٨.

(٤) تقدم تخريجه في ص١١٠؛ وانظر: فتح الباري ٥/ ٧٦.

(٥) انظر: المغني ٦/ ٥٤٢.





٢ ـ قياس القرض على البيع؛ لأنه مملوك ببدل تعذر تحصيله فأشبه البيع[١].

واعترض على القياس:

بأن ثمة فرقاً بينهما؛ وذلك لأن القرض شرع لدفع الحاجة، ولا يكون في الأغلب إلا مع الإفلاس، فلو كان مثل البيع لم يستقرض أحد في الأغلب، بخلاف البيع، فإن البائع إنما يبيع ليقبض الثمن والمشتري ليسلم الثمن، فإذا انكشف إعساره لم يحصل المقصود من البيع.

ويمكن أن يجاب عن ذلك:

بنفي الفارق، فإن كلا العقدين من عقود المعاوضة، فالبائع قدم المعاوضة بالثمن، والمقرض قصد الرجوع بمثل ما أقرض أو قيمته، وكلا العقدين محتاج إليهما، ويمتاز القرض بأنه عقد ليس للمقرض فيه ربح سوى ثواب الله تعالى.

أما البيع فالمقصود الأساسي منه الربح، وما كان لله تعالى أولى بالرعاية والضمان وإلا انقطع سبيل المعروف، وقد ذكر الحافظ ابن حجر[٢] رحمه الله: أن الحديث وإن كان في البيع فإن القرض يلحق به من باب أولى[٣].

□ الترجيح:

الذي يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثاني، وذلك لوجاهة ما استدلوا به، ولأنه قد أمكن مناقشة دليل القول الأول. والله أعلم.

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/١٥٨؛ والمغني ٦/٥٤٢.

(٢) هو: أحمد بن علي بن محمد بن علي، شهاب الدين، أبو الفضل، ابن حجر العسقلاني، ولد سنة (٧٧٣هـ)، صاحب التصانيف الكثرة الجليلة، منها: فتح الباري؛ والإصابة؛ وتهذيب التهذيب؛ وتقريبه، توفي سنة (٨٥٢هـ).
انظر ترجمته في: لحظ الألحاظ بذيل طبقات الحفاظ لتقي الدين محمد بن محمد بن فهد الهاشمي، ص٣٢٦، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ وشذرات الذهب ٩/٣٩٥؛ والبدر الطالع ١/٨٧.

(٣) انظر: فتح الباري ٥/٧٦.



* المسألة الثانية *

امتياز رأس مال السلم على باقي الغرماء

امتياز الدائن في الرجوع بعين ماله كما يتناول ما إذا كان السبب الموجب للدين بيعاً، يتناول غيره من المعاوضات[١]. فإذا سلمه رأس مال سلم، ثم حجر عليه والدراهم باقية كان للمسلِم حق امتياز بالرجوع فيها على باقي الغرماء؛ لأنه وجد عين ماله.

جاء في التاج والإكليل[٢]: «إن فلس وقد أسلم إليه رجل مالاً في طعام أو غيره فعرف الثمن بعينه أو ببينةٍ لم تفارقه منذ قبضه فدافعه أحق به. . .».

وقال صاحب الغاية القصوى في دراية الفتوى[٣]: «في معنى البيع كل معاوضة محضة كالسلم والإجارة».

وورد في شرح منتهى الإرادات[٤]: «أن من وجد عين ما باعه للمفلس. . . أو عين ما أعطاه رأس مال سلم فهو أحق بها، أو وجد شيئاً أجره للمفلس. . . أو وجد نحو ذلك كشقصٍ أخذه المفلس منه بالشفعة. . . فهو ـ أي واجد عين ماله مما تقدم ـ أحق بها». والله أعلم.

---

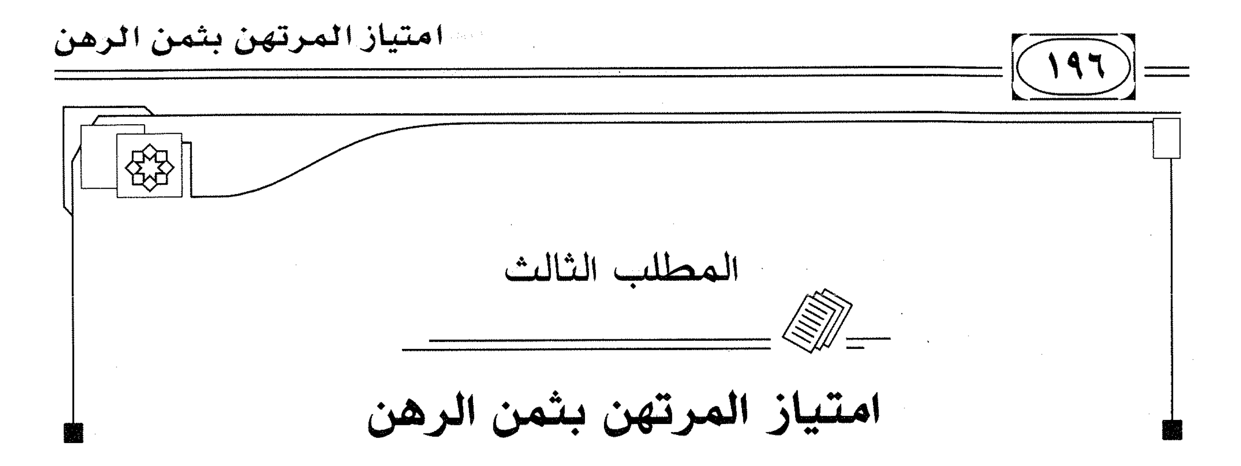
(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٩٤؛ والتاج والإكليل ٥/ ٥٠؛ والبيان شرح كتاب: المهذب، لأبي الحسين يحيى العمراني ٦/١٩٦، اعتنى به: قاسم محمد النوري، (بيروت: دار المنهاج، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م)؛ وروضة الطالبين ٤/١٤٨؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٨؛ والكافي لابن قدامة ٣/٢٤٦؛ والمغني ٦/ ٥٣٣؛ والإنصاف ٥/ ٣٠٢.

(٢) ٥/ ٥٠.

(٣) للبيضاوي ١/٥١٧، ت: د. علي محيي الدين القره داغي، (الدمام: دار الإصلاح، ط بدون).

(٤) ٢/ ٢٧٩.





المطلب الثالث

امتياز المرتهن بثمن الرهن

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: إن المرتهن له امتياز بالرهن وبثمنه دون سائر الغرماء مطلقاً سواء كان ذلك في حياة الراهن أو بعد موته، وهذا هو مذهب الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].

القول الثاني: إن المرتهن له امتياز بالرهن في حال حياة الراهن، أما إذا مات هو أو مات الراهن فلا يكون للمرتهن امتياز بثمن الرهن دون سائر الغرماء، بل إن الرهن يبطل ويجب رده على الراهن أو ورثته، ويحل الدين المؤجل حينئذ، وبهذا قال الظاهرية[٥] وهو رواية عند الحنابلة[٦].

---

(١) انظر: مختصر الطحاوي، ص٩٥؛ وبدائع الصنائع ٦/ ١٥٣، ١٥٦؛ والفتاوى الهندية للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند ٥/ ٤٥٦ (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٤٠٦هـ).

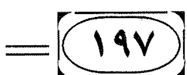
(٢) انظر: المنتقى للباجي ٥/ ٢٣٩؛ والخرشي على خليل ٥/ ٢٥٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٢٨٨.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٤/ ٨٨؛ والمنثور في القواعد للزركشي ٣/ ١٣٤؛ وتحفة المحتاج ٥/ ٨٣، ٩٦؛ ونهاية المحتاج ٤/ ٢٧٤؛ وأسنى المطالب شرح روض الطالب لزكريا الأنصاري ٢/ ١٦٦، (القاهرة: دار الكتاب: الإسلامي، ط بدون).

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٣١؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/ ٦٠؛ والمبدع ٤/ ٣١٣؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٤.

(٥) انظر: المحلى ٨/ ١٠٠، برقم: ١٢١٥.

(٦) انظر: كتاب: الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ١/ ٣٦٧، ت: د. عبد الكريم اللاحم، (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، ١٤٠٥هـ)؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/ ٦١.



* الأدلة والمناقشة:

دليل القول الأول:

استدل الجمهور ـ على ما ذهبوا إليه من القول بامتياز المرتهن بالرهن وثمنه ـ بقولهم: إن حق المرتهن متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً بخلاف حقوق الغرماء فهي متعلقة بذمة الراهن فقط دون العين؛ لذا كان حق المرتهن أقوى من حقوق الغرماء فيقدم عليها[١]. قال تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

أو يقال: إن مقتضى عقد الرهن اختصاص المرتهن بعين الرهن فيثبت له الاختصاص ببدلها وهو الثمن، فيكون المرتهن أحق بالرهن أو ثمنه مطلقاً[٢].

أدلة القول الثاني:

الدليل الأول: إن ملك الراهن للرهن مستمر حتى الموت، فإذا مات سقط ملكه له وانتقل إلى ورثته أو إلى غرمائه، والمرتهن أحد غرمائه فلا يختص بشيء من مال الميت؛ إذ لا عقد له مع الورثة، ولا يجوز عقد الميت على غيره، فيكون كاسباً عليهم[٣].

ونوقش هذا الدليل:

بأن العلة ـ في حق امتياز المرتهن على غيره من الغرماء ـ هي تعلقه بعين المال المرهون، وهذه العلة لا تختلف بالحياة ولا بالموت[٤]، فيجب طردها حياً كان الراهن أو ميتاً.

الدليل الثاني: إن تعلق حق المرتهن بعين الرهن كتعلق حق البائع بعين المبيع، والبائع إذا وجد عين ماله عند من مات مفلساً فهو أسوة الغرماء، وليس هو أحق به، فكذلك المرتهن مثله[٥].

---

(١) انظر: المغني ٦/ ٥٣١؛ وشرح الزركشي ٤/ ٦١؛ وتحفة المحتاج ٥/ ٨٣.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٥٣.
(٣) انظر: المحلى ٨/ ١٠٠، برقم: ١٢١٥. (٤) انظر: المغني ٦/ ٥٣٢.
(٥) انظر: كتاب: الروايتين والوجهين ١/ ٣٦٧.

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: لا يسلم بحكم الأصل، فإن من وجد عين ماله عند رجل مات مفلساً فهو أحق به كحال الحياة لدلالة النص الشرعي عليه، وتقدم[١].

الوجه الثاني: لو سُلِّم بحكم الأصل فهو قياس مع الفارق؛ لأن البائع دخل مع المشتري على أن يتعلق حقه بذمته فقط، بينما المرتهن دخل معه على أن حقه يتعلق بالعين المرهونة وبالذمة معاً فافترقا[٢].

□ الترجيح:

يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ أن الراجح هو القول الأول، حيث يكون للمرتهن حق امتياز باستيفاء حقه من ثمن المرهون مفضلاً على بقية الدائنين الآخرين، ويرد الباقي على صاحبه وهو الراهن.

وبناءً على هذا إذا كان الراهن عليه ديون كثيرة، بعضها مرهون والآخر مرسل في الذمة بلا رهن، فإن الدين المرهون له أولوية وامتياز من ثمن الرهن، فإن كان الثمن على قدر الدين أخذه المرتهن ولا شيء للغرماء منه؛ لأن حق المرتهن متعلق بعين الرهن وذمة الراهن معاً، فهو صاحب حق عيني، وأما سائر الغرماء فيتعلق حقهم بالذمة دون العين، فكان حقه أقوى، وحقهم شخصي فقط.

وإن زاد الثمن على دين المرتهن، دفعت الزيادة لبقية الغرماء على سبيل المحاصة؛ لأن تلك الزيادة لم يتعلق بها حق المرتهن.

وإن نقص ثمن الرهن عن قدر الدين أخذه المرتهن، وصار أسوة للغرماء في بقية دينه؛ لأن الفاضل من الدين لم يفِ الرهن به، فيستوي وبقية الديون التي أرسلت في ذمة هذا المدين[٣]. والله أعلم.

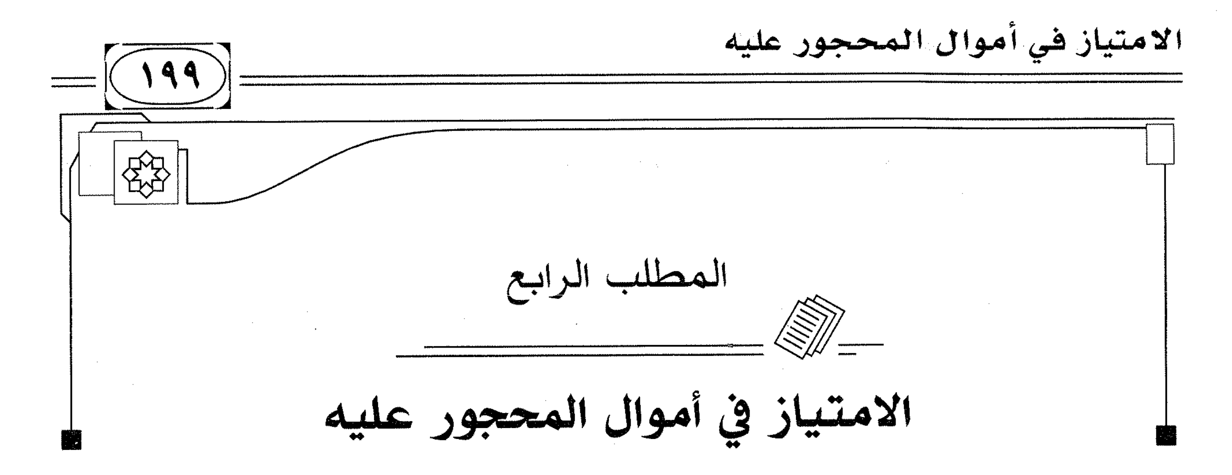
---

(١) انظر: ص١١٠.

(٢) انظر: كتاب: الروايتين والوجهين ١/٣٦٧؛ والمغني ٦/٥٣٢؛ وشرح الزركشي ٤/٦١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٥٣؛ والمغني ٦/٥٣٢؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٨٤؛ وأحكام المعاملات الشرعية لعلي الخفيف، ص٤٧٠، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط١، ١٤١٧هـ)؛ والملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية، د. ثروت عبد الرحيم، ص٣٥.





المطلب الرابع

الامتياز في أموال المحجور عليه

ويحتوي على ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: امتياز ما ينفق في سبيل بيع أموال المحجور عليه.

المسألة الثانية: امتياز الغرماء في أموال المحجور عليه.

المسألة الثالثة: امتياز نفقة المفلس وزوجته ومن يعول.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

امتياز ما ينفق في سبيل بيع أموال المحجور عليه

أوضح جمهور الفقهاء من الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤) أن ما ينفق في سبيل بيع أموال المحجور عليه، مثل: أجرة الكيال والحمَّال والمنادي والبائع ومن يجمع المال عنده إلى حين تكامله ونحوها من المؤن، يكون لهم حق امتياز في تحصيل أجورهم قبل الغرماء؛ لأن ذلك طريق إلى وفاء دينه(٥)؛ ولأنها لمصلحة الحجر(٦)، و«لأنها أهم من مصالح

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/٦؛ وبدائع الصنائع ٥/٢٤٣؛ وتبيين الحقائق ٥/٢٦٦.

(٢) انظر: الذخيرة ١٠/١٧١، ٢٠٠؛ والشرح الكبير للدردير ٣/٢٨٨ مع حاشية الدسوقي.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٢/١٨٥؛ وتحفة المحتاج ٥/١٣٥ مع حاشية الشرواني وابن القاسم؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٣.

(٤) انظر: كشاف القناع ٣/٤٣٥؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/٢٨٤؛ ومطالب أولي النهى ٣/٣٩١.

(٥) انظر: مطالب أولي النهى ٣/٣٩١.

(٦) انظر: أسنى المطالب ٢/١٨٥.



الغرماء»(١)، ولأن العمل في ماله كدفع أجرة الولي على مال اليتيم من ماله(٢).

جاء في مطالب أولي النهى(٣): «وأجرة دلال ونحوه كسمسار وكيال ووزان وحمال وحافظ ـ لم يتبرع أحد بعمله ـ من المال؛ أي من مال المفلس ومقدمة على ديون الغرماء قبل القسمة».اهـ.

وإنما دخلت الديون التي بسبب مؤنة مال المفلس مع كونها حادثة بعد الحجر؛ لأن مصلحة الحجر تقتضي ذلك، حيث هي وسيلة لإيصال حقوق المستحقين إليهم ولو لم تقضَ لما رغب أحد في تلك الأعمال(٤).

هذا إذا لم يوجد متبرع، فإن وجد متبرع أو كان في بيت المال سعة لم يصرف مال المفلس إليها(٥)؛ لأن ما في بيت المال مصروف في المصالح؛ ولأن مال المفلس موقوف على الغرماء إلا من ضرورة(٦).

* المسألة الثانية *

امتياز الغرماء في أموال المحجور عليه

إذا أوقع الحجر على شخص فوجد أحد أصحاب الديون عين ماله التي باعها للمحجور عليه وأقبضها له(٧)، ففي ثبوت حق امتياز الغريم باسترجاع عين ماله اختلاف وتفصيل.

وقد تقدم عرض ذلك مع الأدلة والمناقشة والترجيح في أربع مسائل تم

---

(١) الذخيرة ١٠/ ١٧١.
(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣١٦.
(٣) ٣/ ٣٩١.
(٤) انظر: فتح العزيز شرح الوجيز ١٠/ ٢٠٩ ـ ٢١٠ مع المجموع؛ وكشاف القناع ٣/ ٤٣٥.
(٥) انظر: فتح العزيز ١٠/ ٢٠٩ ـ ٢١٠ مع المجموع؛ والنجم الوهاج في شرح المنهاج للدميري ٤/ ٣٦٥؛ وكشاف القناع ٣/ ٤٣٥؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٤.
(٦) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣١٥ ـ ٣١٦.
(٧) أما إذا لم يقبضها له فهو أحق بها اتفاقاً؛ لأنها في ضمانه؛ انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٨٧.

بحثها في المطلب الأول من هذا الفصل[١].

* المسألة الثالثة *

امتياز نفقة المفلس وزوجته ومن يعول

المحجور عليه في هذه المسألة له حالتان:

الحال الأولى: إما أن يكون له كسب يناسبه كأن يكون صاحب مهنة وعمل، فإن نفقته ونفقة من يمون تكون من كسبه، ولا يضر الحجر بها[٢].

الحال الثانية: أما إذا لم يكن له كسب، فإن القاضي يترك للمحجور عليه جزءاً من ماله حتى يقسم ماله، وقد اتفق الفقهاء[٣] على أن نفقة المفلس على نفسه لها حق امتياز على حق الغرماء؛ لأن هذا مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه[٤]، ويكون مقدارها حسب المعتاد من غير تبذير ولا تقتير؛ لما روى حكيم بن حزام[٥] رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «أفضل الصدقة عن ظهر غنى، واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول»[٦]، وقوله ﷺ: «ابدأ

---

(١) انظر ذلك في ص١٤٨ وما بعدها.

(٢) انظر: الذخيرة ٨/ ١٦٤ ـ ١٦٥؛ والنجم الوهاج ٤/ ٣٧١؛ والمغني ٦/ ٥٧٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٢٠٠؛ والاختيار لتعليل المختار ٢/ ٩٨؛ وبداية المجتهد ٢/ ٢٨٥؛ والمنتقى للباجي ٥/ ٨٤؛ ومواهب الجليل ٥/ ٤٧؛ والنجم الوهاج ٤/ ٣٧٠؛ وأسنى المطالب ٢/ ١٩٢؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٥٣؛ والمغني ٦/ ٥٧٤؛ والمبدع ٤/ ٣٢٣؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٤.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٢٠٠؛ والفتاوى الهندية ٥/ ٦٣؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٨٧ ـ ٧٨٨؛ والذخيرة ٨/ ١٦٥؛ والإقناع لابن المنذر ١/ ٢٧٥، ت: د. عبد الله عبد العزيز الجبرين، (الرياض: مطابع الفرزدق، ط١، ١٤٠٨هـ)؛ والبيان للعمراني ٦/ ١٥٢؛ والمغني ٦/ ٥٧٥؛ والمبدع ٤/ ٣٢٣.

(٥) هو: حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى القرشي، أبو خالد، ابن أخي خديجة رضي الله عنها، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه، وغزا حنين والطائف، توفي سنة (٥٤هـ)، وقيل غير ذلك.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ١/ ٤١٧؛ وأسد الغابة ٢/ ٥٨؛ والإصابة ٢/ ٣٢.

(٦) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: النفقات، باب: وجوب النفقة على الأهل والعيال، برقم: ٥٣٥٦؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: الزكاة، باب: بيان أن اليد =



بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك. . .»[١]، «فقدم حق نفسه على العيال وهو دين، فدل على أنه يقدم على كل دين. . .»[٢]، و«لأن ملكه باقٍ عليه قبل القسمة»[٣].

وكذلك يثبت حق الامتياز لنفقة من تلزمه نفقته من زوجته وأولاده الصغار وأرحامه الذين تجب عليه نفقتهم؛ لأن نفقة هؤلاء من الحاجات الأصلية؛ و«لأنهم يَجْرُون مجرى نفسه؛ لأن الأقارب يعتقون عليه إذا ملكهم، كما يَعتِق نفسَه إذا ملكها، ونفقة الزوجة آكدُ من نفقة الأقارب؛ لأنها تجب بحكم المعاوضة»[٤]، فيكون لها امتياز على حقوق الغرماء[٥].

ويمتد الإنفاق على المحجور عليه إلى حين الفراغ من القسمة بين الغرماء، وإن طالت؛ لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك[٦].

ونص بعض الفقهاء[٧] على أن يعطى أيضاً ما يكفيه بعد الحجر بأيام حتى يجد من العمل ما ينفق على نفسه.

= العليا خير من اليد السفلى. . .، برقم: ١٠٣٤.

(١) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: الزكاة، باب: الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة، برقم: ٩٩٧.

(٢) المهذب ١/ ٤٢٥.

(٣) المبدع ٤/ ٣٢٣.

(٤) البيان للعمراني ٦/ ١٥٢.

(٥) انظر: الذخيرة ٨/ ١٦٥؛ والنجم الوهاج ٤/ ٣٧٠؛ والمغني ٦/ ٥٧٥.

(٦) انظر: الذخيرة ٨/ ١٦٥؛ وروضة الطالبين ٤/ ١٤٤ ـ ١٤٥؛ والمغني ٦/ ٥٧٦.

(٧) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٨٨.







المطلب الخامس

امتياز العمال الزراعيين

إذا استأجر رجل عمالاً للزرع والحرث والسقي فلم يوفهم أجرتهم، فهل يكون لهؤلاء العمال حق امتياز في حبس ما نتج من الأرض بعملهم حتى يوفيهم المؤجر أجرتهم أو لا يكون لهم حق امتياز في ذلك؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إذا كانت الأجرة معجلة ثبت للمستأجِرِ حق امتياز في حبس ما وقع عليه العقد إذا أفلس المؤجر حتى يستوفي الأجرة، وليس له ذلك إذا كانت الأجرة مؤجلة، وبهذا قال الحنفية(١) والمالكية(٢) والشافعية(٣).

القول الثاني: إن المستأجر ليس له حق امتياز في حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الأجرة، وبهذا قال الحنابلة(٤) وزفر من الحنفية(٥).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٤/٢٠٣ ـ ٢٠٤؛ وتبيين الحقائق ٥/١١١؛ والبحر الرائق ٧/ ٣٠٢ ـ ٣٠٣.

(٢) انظر: المعونة ٢/١١٨٧؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٩٤؛ والذخيرة ٨/ ١٨٧، ١٩١؛ والخرشي على خليل ٥/١٥٩.

(٣) انظر: المهذب ١/ ٤٣٠؛ والمجموع ٩/ ٢٧٠.

(٤) انظر: الكافي ٣/٢٣٩، ٢٤٥؛ والإنصاف ٥/٢٨٧، ٢٩٥؛ وكشاف القناع ٣/ ٤٣٠.

(٥) انظر: تبيين الحقائق ٥/١١١.

وزفر هو: زفر بن الهذيل بن قيس العنبري، من تميم، أبو الهذيل، ولد سنة (١١٠هـ)، صاحب الإمام أبي حنيفة رحمه الله، كان يفضِّله، ويقول: أقيس أصحابي، كان فقيهاً حافظاً، قليل الخطأ، جمع بين العلم والعبادة، تولى القضاء بالبصرة، وتوفي بها سنة (١٥٨هـ).

انظر ترجمته في: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي الوفاء القرشي ٢/٢٠٧، ت: د. عبد الفتاح الحلو، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٣هـ)؛ وسير أعلام =

* الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

دليل حق الامتياز إذا كانت الأجرة معجلة:

١ ـ لأن عمل المستأجر ملكه، فجاز له حبسه؛ لأن المنافع في الإجارة كالمبيع في البيع.

٢ ـ ولأن المعقود عليه وصف في المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع[(١)].

«وهذا الاحتباس حق عيني يستطيع صاحبه أن يحتج به تجاه الدائنين كافة، ويمتاز عنهم في استيفاء حقه من ثمن المال المحتبس مقدماً عليهم»[(٢)].

وأما الدليل على أنه ليس للمستأجر حق الامتياز إذا كانت الأجرة مؤجلة:

فـ«لأن التسليم ليس بواجب عليه للحال، فلا يملك الحبس كما لو باع شيئاً بثمن مؤجل ليس له الحبس»[(٣)].

واستدل أصحاب القول الثاني:

بـ«أن المعقود عليه صار مسلماً إلى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به؛ لأن الاتصال بملكه بإذنه فصار كالقبض بيده، ألا ترى أنه لو أمر شخصاً بأن يزرع له أرضه حنطةً من عنده قرضاً فزرعها المأمور صار قابضاً باتصاله بملكه وصار كما إذا صبغ في بيت المستأجر»[(٤)].

ونوقش هذا:

بـ«أن اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضياً بهذا

= النبلاء ٨/٣٨؛ والفوائد البهية في تراجم الحنفية لعبد الحي اللكنوي، ت: محمد بدر الدين النعماني، ص٧٥، (القاهرة: دار الكتاب: الإسلامي، ط بدون).

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/١١١؛ والبحر الرائق ٧/٣٠٢.

(٢) المدخل الفقهي العام للزرقا ٣/٣٩. (٣) البحر الرائق ٧/٣٠٣.

(٤) تبيين الحقائق ٥/١١١.





الاتصال من حيث إنه تسليم، بل رضاه في تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الأثر في المحل إذ لا وجود للعمل إلا به فكان مضطراً إليه، والرضا لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو إذا بنى السفل لا يكون متبرعاً راضياً به؛ لأنه مضطر إليه.

وليس هذا كصبغه في بيت المستأجر؛ لأن العين فيه في يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل في منزل نفسه فلم يكن مضطراً إليه فيكون راضياً بالتسليم مع إمكان التحرز عنه فيبطل حقه في الحبس»[1].

□ الترجيح:

الذي يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الأول؛ لقوة دليله؛ ولأن حق حبس المؤجِّرِ لأجل الأجرة حق مالي ومتعلق بالأعيان المالية، ولذلك كان لصاحب الحق الامتياز والأولوية في استيفاء حقه من العين المحبوسة. والله أعلم.

---

(١) المصدر نفسه.







المطلب السادس

الامتياز في الإجارة

ويشتمل على أربع مسائل:

المسألة الأولى: امتياز المستأجر.

المسألة الثانية: امتياز مؤجر العقار.

المسألة الثالثة: امتياز دين الكراء.

المسألة الرابعة: امتياز الناقل.

❍ ❍ ❍ ❍ ❍

* المسألة الأولى *

امتياز المستأجر

وتشتمل على فرعين:

الفرع الأول: فلس المؤجر.

الفرع الثاني: موت المؤجر.

الفرع الأول: فلس المؤجر

من استأجر داراً أو بعيراً بعينه أو شيئاً غيرهما بعينه، ثم أفلس المؤجر، فهل يكون للمستأجر امتياز في الأجرة التي قدمها؟

لهذا الفرع حالتان:

الحال الأولى: أن يكون ذلك قبل قسمة مال المفلس، ولذلك نوعان:

النوع الأول: أن يكون المأجور موجوداً بعينه، فالمستأجر يكون له امتياز بالعين التي استأجرها من الغرماء حتى يستوفي حقه؛ لأن حقه متعلِّق



بعين المال، والمنفعة مملوكة له في هذه المدة، فكان أحق بها، كما لو اشترى منه شيئاً[(١)].

النوع الثاني: أن يكون الشيء المأجور غير موجود، كما لو هلك البعير وانهدمت الدار قبل انقضاء المدة، فتنفسخ الإجارة، ولا يثبت للمستأجر حق امتياز، بل يضرب مع الغرماء ببقية الأجرة بغير خلاف بين الفقهاء[(٢)].

الحال الثانية: أن يكون ذلك بعد قسم مال المفلس، فإن المستأجر يرجع على الغرماء بحصته؛ لأنه سببُ وجوبِهِ قبل الحجر[(٣)].

الفرع الثاني: موت المؤجر

اختلف الفقهاء في امتياز المستأجر بالأجرة في العين المؤجرة على غيره من الدائنين إذا مات المؤجر، وقد عجل المستأجر الأجرة وتسلم العين المؤجرة على قولين:

القول الأول: للمستأجر إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر امتياز في استيفاء الأجرة من العين، وبهذا قال الحنفية[(٤)] والظاهرية[(٥)].

القول الثاني: ليس للمستأجر امتياز في استيفاء الأجرة من العين إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر، بل يتابع المستأجر استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر، وبهذا قال المالكية[(٦)] والشافعية[(٧)] والحنابلة[(٨)].

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٩.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ١٩٥ ـ ١٩٦؛ وتبيين الحقائق ٥/ ١٤٤؛ والتاج والإكليل ٥/ ٥٤ مع مواهب الجليل؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٣٠؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٨؛ ونهاية المحتاج ٤/ ٣٢٦، ٥/ ٣٠٣؛ والمغني ٦/ ٥٣٣، ٥٧٤؛ والإنصاف ٦/ ٦١.

(٣) انظر: المغني ٦/ ٥٧٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٢٢٣؛ وتبيين الحقائق ٥/ ١٤٤.

(٥) انظر: المحلى ٨/ ١٨٤، م: ١٢٩١.

(٦) انظر: التاج والإكليل ٥/ ٥٤ مع مواهب الجليل؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٩ ـ ٣٠.

(٧) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٩؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٤٨، ٣٥٦.

(٨) انظر: المغني ٨/ ٤٣؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٢٨٥.





* الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول:

بـ«أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع، فإذا مات المؤجر فالمنافع التي تستحق بالعقد هي التي تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الإجارة لفوات المعقود عليه؛ لأن رقبة العين تنتقل إلى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقداً ولا راضياً به»(١).

ولذا كان «للمستأجر إذا كان قد أسلف الأجرة ثم مات المؤجر، أن يحتج بحقه على العين المأجورة تجاه بقية الدائنين فيكون مقدماً عليهم في استيفاء الأجرة من العين»(٢).

ونوقش هذا الدليل:

بأن الإجارة «عقد لازم، فلا تنفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، كما لو زوَّجَ أمته ثم مات، وما ذكروه لا يصح... فإن المستأجر قد ملك المنافع، وملِكت عليه الأجرة كاملة في وقت العقد»(٣).

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١ ـ قالوا: إن المستأجر لا حق له في فسخ العقد بموت المؤجر؛ لأنه ممكن من استيفاء حقه بإكمال المدة من غير فسخ؛ إذ عقد الإجارة قد أزال ملك المؤجر للمنفعة إلى المستأجر، وبالتالي لا يقدم على غيره من الغرماء(٤).

٢ ـ قالوا: إن حق المستأجر قد تعلق بالعين المستأجرة وحقوق الغرماء تعلقت بالذمة فكان تقدم ما تعلق بالعين أولى كالرهن(٥)، لذا كان للمستأجر أن يتابع استيفاء المنفعة بقية المدة بعد وفاة المؤجر.

---

(١) تبيين الحقائق ٥/ ١٤٤.
(٢) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي للزرقا، ص٤٥.
(٣) المغني ٨/ ٤٤.
(٤) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٩؛ والمغني ٨/ ٤٣ ـ ٤٤.
(٥) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٩.



□ الترجيح:

الراجح ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الثاني، وهو: أن المستأجر ليس له حق امتياز في العين المستأجرة إذا مات المؤجر، بل يكمل المدة؛ لأن عقد الإجارة عقد لازم(١)، فلا ينفسخ بموت المؤجر. والله أعلم.

* المسألة الثانية *

امتياز مؤجر العقار

المؤجر الذي يؤجر ملكه يعتمد على وفاء المستأجر بالأجر أولاً، وثانياً على ما يكون بالعين المؤجرة من متاع، فإن وفى المستأجر بما اتفق عليه فلا شأن للمالك معه. وإن لم يفِ بالأجر فهل ما يوجد بالعين المؤجرة يعتبر رهناً ملحوظاً وقت الإيجار فرب البيت وصاحب الملك أحق به وله امتياز على غيره من الدائنين؟ أو لا حق له ولا امتياز في ذلك، ويعتبر دائناً بما استحق من أجر؟

خلاف بين الفقهاء على قولين:

وقد تقدم عرض ذلك مع الأدلة والمناقشة والترجيح في المطلب الخامس: في امتياز العمال الزراعيين، فينظر هناك(٢). والله أعلم.

* المسألة الثالثة *

امتياز دين الكراء(٣)

....

(١) انظر: المغني ٨/٢٣؛ ومغني المحتاج ٢/٣٥٩.

(٢) انظر: ص٢٠٣.

(٣) الكراء: الأجرة، والكِرا ـ بالكسر ـ جمع كِرَوة: وهي أجرة المكاري، والمكتري: المستأجر.

ودَين الكراء: هو ما يكون في ذمة المستأجر للمؤجر.

انظر: تحرير ألفاظ التنبيه للنووي، ص٢٢٠، ت: عبد الغني الدقر، (دمشق: دار =



من استأجر أرضاً فزرعها ثم أفلس بعد مضي مدة، فهل يكون لدين صاحب الأرض امتياز بالزرع الذي نبت في أرضه أو لا؟

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء[(١)] في أن المؤجر له فسخ الإجارة إذا أفلس المستأجر قبل بدء الإجارة إذا لم يدفع الأجر، ولا دين في هذه الحال.

ولا خلاف أيضاً بينهم في أن دين الكراء يكون كالديون الأخرى إذا كان المستأجر قد أفلس بعد انتهاء مدة الإجارة؛ لأنه دين ثبت في ذمة المدين كالديون الأخرى فتتساوى عند الاستيفاء، فيضرب بها المؤجر مع الغرماء.

وقد اختلف الفقهاء فيما لو استأجر أرضاً فزرعها ثم أفلس بعد مضي مدة، هل يثبت لصاحب الأرض حق امتياز في دينه في الزرع الذي في أرضه أو لا؟

قولان للفقهاء:

القول الأول: إن رب الأرض له امتياز بالزرع من الغرماء حتى يأخذ كراءه، وهو مذهب المالكية[(٢)] والشافعية[(٣)].

= القلم، ط١، ١٤٠٨هـ)؛ وطلبة الطلبة للنسفي، ص٢٢٦، تعليق: محمد حسن الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ)؛ والدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي لابن المبرد ٢/٤٨٩، ٣/٥٣٤، ت: د. رضوان غريبة، (الخبر: دار المجتمع، ط١، ١٤١١هـ)، والمغرب في ترتيب المعرب للمطرزي ٢/٢١٧، ت: محمود فاخوري وَ عبد الحميد مختار، (حلب: مكتبة دار الاستقامة، ط١، ١٣٩٩هـ)؛ ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمٰن عبد المنعم ٣/١٤٢، (القاهرة: دار الفضيلة، ط بدون).

(١) انظر: المبسوط ١٦/٢ ـ ٣؛ وبدائع الصنائع ٤/١٩٧؛ وبداية المجتهد ٢/٢٩٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٢٨٨؛ والحاوي الكبير ٦/٢٩٧؛ وروضة الطالبين ٤/١٥١؛ والمغني ٦/٥٤١.

(٢) انظر: المعونة ٢/١١٨٧؛ وبداية المجتهد ٢/٢٩٢؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/٧٩٤؛ والذخيرة ٨/١٨٨؛ والتاج والإكليل ٥/٥٤ مع مواهب الجليل.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٩٦؛ ومغني المحتاج ٢/١٥٨؛ ونهاية المحتاج ٤/٣٣٧.



القول الثاني: إن دين الكراء ليس له حق امتياز، بل هو أسوة الغرماء، وهو مذهب الحنابلة(١).

* **الأدلة والمناقشة:**

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١ ـ قوله ﷺ: «من أدرك متاعه بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به»(٢).

وجه الاستدلال من الحديث:

إن دين الكراء يتعلق بالزرع الذي هو في ملك صاحب الدين، فهو كمن وجد متاعه بعينه(٣).

ونوقش هذا:

بأنه «ما أدرك متاعه بعينه، ولا هو أحق به بالإجماع، فإنهم وافقوا على وجوب تبقيتها، وعدم الرجوع في عينها؛ ولأن معنى قوله: «من أدرك متاعه بعينه»؛ أي على وجهٍ يمكنه أخذه، لا يتعلق حقه بعينه، وليس هذا كذلك»(٤).

٢ ـ إن الزرع نشأ عن الأرض فكانت كالحائزة له، وحوزها كحوز صاحبها فكان بمنزلة من باع سلعة وفُلِّسَ مشتريها وهي بيد بائعها(٥).

ونوقش هذا:

بـ«أن البائع إنما كان أحق بعين ماله؛ لتعلق حقه بالعين، وإمكان ردِّ ماله

---

(١) انظر: المغني ٦/٥٤١؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/٧٠.
(٢) تقدم تخريجه في، ص١١٠.
(٣) انظر: التاج والإكليل ٥/٥٤ مع مواهب الجليل؛ والحاوي الكبير ٦/٢٩٦.
(٤) المغني ٦/٥٤٢.
(٥) انظر: التاج والإكليل ٥/٥٤ مع مواهب الجليل؛ والذخيرة ٨/١٨٨؛ وشرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام ٢/٤٠٥، ضبطه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمن، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ).



إليه بعينه، فيرجع على من تعلَّق حقه بمجرد الذمة، وهذا لم يتعلق حقه بالعين، ولا أمكن ردها إليه، وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة دون المسمى، وليس هذا هو المقتضي في محل النص، ولا هو في معناه، فإثبات الحكم به تحكُّمٌ بغير دليل»[١].

واستدل أصحاب القول الثاني:

بأن صاحب دين الكراء إذا أفلس المستأجر بعد مضي بعض المدة كان بمنزلة المبيع إذا استهلك المشتري بعضه وبقي بعضه، «فإن المدة ههنا كالمبيع، ومضي بعضها كتلف بعضه»[٢]، فله قيمة السلعة ويكون أسوة الغرماء؛ لأنه لم يجد عين ماله ولم يوجد سبب شرعي يوجب تقديمه على غيره؛ لأن الزرع ملك للمفلس فيتعلق به جميع ديونه على وجه السواء[٣].

□ **الترجيح:**

يبدو ـ والله أعلم بالصواب ـ أن الراجح هو القول الثاني، وهو أن دَين الكراء ليس له حق امتياز على غيره من الديون؛ لأنه ملك للمفلس، ويتعلق به جميع ديونه؛ ولقوة ما استدلوا به؛ ولما أُورد من مناقشة على أدلة القول الأول. والله أعلم.

* المسألة الرابعة *

امتياز الناقل

إذا أتم الناقل «الأجير» نقل البضائع المحمولة بنفسه أو بواسطة سفينة أو دابةٍ أو سيارة أو طائرة أو غير ذلك، وأوصلها إلى المكان المتفق عليه، فهل له امتياز بحبس البضاعة حتى يحصل على أجرته أو لا؟

للفقهاء في هذه المسألة قولان:

القول الأول: يكون للناقل امتياز بحبس ما يحمله من البضائع حتى

---

(١) المغني ٦/ ٥٤٢.
(٢) المغني ٦/ ٥٤١.
(٣) انظر: المغني ٦/ ٥٤٠؛ وشرح الزركشي على مختصر الخرقي ٤/ ٧٠.



يستوفي الكراء أو الأجر، وإلى هذا ذهب المالكية[١] وأحد قولي الشافعية[٢].

القول الثاني: ليس لناقل البضائع امتياز بحبس البضائع لتحصيل الأجر، وإلى هذا ذهب الحنفية[٣]، والقول الآخر عند الشافعية[٤]، ومقتضى قول الحنابلة في المنع من حبس المعمول والمحمول لتحصيل الأجرة[٥].

* الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول:

بأن الناقل للبضائع كالبائع الذي يحبس الشيء المبيع لتحصيل قيمته، وعمله ـ أي الحمل ـ ملك له، فجاز له الحبس[٦].

ويمكن أن يجاب عن هذا الاستدلال:

بالفارق بين الأجير هنا والبائع؛ إذ إن البائع يملك ما باعه قبل انتقاله إلى غيره، ولا يلزمه تسليم المبيع قبل قبض العوض، بخلاف الأجير فلا ملك له على الشيء المحمول، وغاية ما يملكه الأجرة، وهي شيء خارج عن ماهية العين المحمولة.

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٩٤؛ والذخيرة ٨/ ١٩٠؛ والتاج والإكليل ٥/ ٥٤ مع مواهب الجليل؛ وشرح ميارة الفاسي ٢/ ٤٠٥.

(٢) انظر: المهذب ١/ ٥٣٧؛ والبيان للعمراني ٧/ ٤٠٥؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ١١٠.

(٣) انظر: البناية في شرح الهداية للعيني ٩/ ٢٩٤؛ واللباب في شرح الكتاب: للميداني ٢/ ١٠٢، (بيروت: المكتبة العلمية، ط بدون، ١٤٠٠هـ)؛ ودرر الحكام في شرح غرر الأحكام للقاضي منلا خسرو الحنفي ٢/ ٢٢٧،.

(٤) انظر: المهذب ١/ ٥٣٧؛ والبيان للعمراني ٧/ ٤٠٥؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ١١٠.

(٥) انظر: المغني ٨/ ١١٣؛ وإعلام الموقعين ٤/ ٣٣؛ والإنصاف ٦/ ٧٧؛ والمبدع ٥/ ١١١؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٧٩.

(٦) انظر: الذخيرة ٨/ ١٩١؛ والتاج والإكليل ٥/ ٥٤ مع مواهب الجليل؛ والبيان للعمراني ٧/ ٤٠٥؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ١٠٠.



واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١ ـ إن المعقود عليه في الإجارة هو نفس العمل ـ أي الحمل ـ، وهو غير قائم في العين ـ وهي البضاعة ـ، وقد تلاشى هذا العمل واضمحل، فلا يتصور حبسه، وليس له ولاية على الحبس[1].

٢ ـ إن صاحب البضائع لم يرهن بضائعه عنده، فلم يجز له احتباسها، ولا أذن له في إمساكها، فلزمه الضمان كالغاصب[2].

□ الترجيح:

يبدو لي ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثاني؛ لوجاهة ما احتج به أصحابه. والله أعلم.

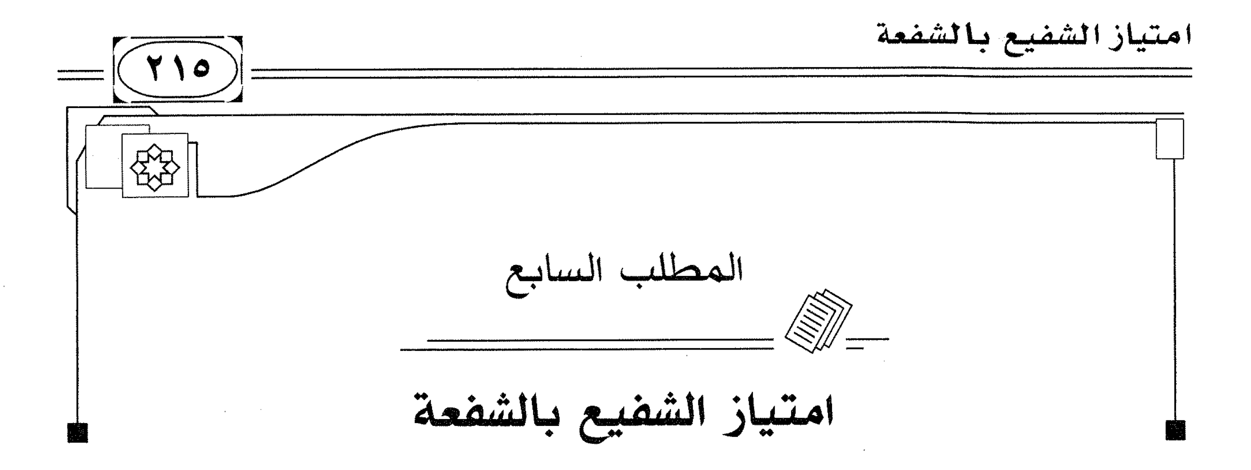
---

(١) انظر: البناية في شرح الهداية ٩/ ٢٩٤؛ واللباب في شرح الكتاب: ٢/ ١٠٢.

(٢) انظر: المهذب ١/ ٥٣٧؛ والبيان ٧/ ٤٠٥؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ١١٠؛ والمغني ٨/ ١١٣؛ والمبدع ٥/ ١١١.







المطلب السابع

امتياز الشفيع بالشفعة

تعد الشفعة أثراً من آثار البيع[(١)]؛ إذ هي مترتبة عليه وناتجة منه، وعقد الشفعة ليس عقداً اختيارياً لا يتم إلا بتوافق إرادة البائع والمشتري، بل إنها نوع من أنواع العقود التي يتم إبرامها قهراً دون اعتبار جانب الرضا والاختيار عند المشتري في البيع الأول[(٢)].

فإذا باع الشريك نصيبه في حالٍ تجري فيها الشفعة، فإن لشريكه فيه على الشيوع حق امتياز في تملك الشقص المبيع بالثمن، الذي بذله المشتري، بسبب الشركة في العقار؛ لأجل دفع الضرر عن الشريك الأول، الذي دفع الضرر عنه أولى بالاعتبار من مصلحة المالك الجديد.

هذا في حالة ما إذا علم الشفيع بالشفعة وكان المشتري مليئاً.

أما إذا كان المبيع شقصاً مشفوعاً، ولم يعلم الشفيع بالبيع حتى أفلس المشتري، ثم حضر البائع والشفيع، وتنازعا في أخذ الشقص، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على أربعة أقوال:

القول الأول: إن الشفيع له امتياز على البائع، وهو وجهٌ عند الشافعية، هو الصحيح عندهم[(٣)]، ووجه عند الحنابلة على الصحيح من المذهب

---

(١) انظر: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبي زهرة، ص١٥٠، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط بدون).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/١٣٧؛ وأحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، د. عبد الله الدرعان، ص٦٨، (الرياض: مكتبة التوبة، ط١، ١٤١٥هـ).

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٧٢؛ والمهذب ١/٤٢٦؛ وروضة الطالبين ٤/١٥٦؛ وتحفة المحتاج ٥/١٤٩ مع حاشيتي الشرواني وابن القاسم؛ ومغني المحتاج ٢/١٦٠؛ =



عندهم[١].

وبناء على هذا القول: يؤخذ الثمن من الشفيع، ويقسم بين الغرماء كلهم بنسبة ديونهم.

القول الثاني: إن البائع له امتياز على الشفيع، وهو أحد الوجوه عند الشافعية[٢] والحنابلة[٣].

القول الثالث: إنه يدفع الشقص إلى الشفيع، ويؤخذ منه ثمنه، ويدفع إلى البائع، وهو مقتضى قول المالكية[٤] ووجهٌ عند الشافعية[٥].

القول الرابع: إن الشفيع إنْ كان طالب بالشفعة فله حق امتياز بذلك، وإنْ كان لم يطالب بها فالامتياز يكون للبائع، وهو وجهٌ عند الحنابلة[٦].

* الأدلة والمناقشة:

أدلة القول الأول:

١ ـ إن حق الشفيع أسبق من حق البائع، فإنه يثبت بالعقد وحق البائع ثبت بالحجر، وما كان أسبق فهو أولى[٧].

= ونهاية المحتاج ٤/٣٤١.

(١) انظر: الكافي ٣/٢٤٠؛ والمغني ٦/٥٦٤؛ وشرح الزركشي ٤/٨٧؛ والإنصاف ٥/٢٩٠.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٧٢؛ والمهذب ١/٤٢٧؛ وروضة الطالبين ٤/١٥٦.

(٣) انظر: الكافي ٣/٢٤٠؛ والمغني ٦/٥٦٣؛ والإنصاف ٥/٢٩١؛ والمبدع ٤/٣١٦.

(٤) انظر: معين الحكام على القضايا والأحكام لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن بن عبد الرفيع ٢/٧٩٥، (الناشر: دار الغرب الإسلامي)؛ والتاج والإكليل ٥/٥٢ مع مواهب الجليل؛ وحاشية العدوي على الخرشي ٥/٢٨٣؛ ومنح الجليل على مختصر سيدي خليل لمحمد عليش ٦/٦٧، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤٠٩هـ).

(٥) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٧٢؛ والمهذب ١/٤٢٧؛ وروضة الطالبين ٤/١٥٦.

(٦) انظر: المغني ٦/٥٦٤؛ والشرح الكبير ١٣/٢٧٣ مع الإنصاف؛ وشرح الزركشي ٤/٨٨؛ والإنصاف ٥/٢٩١؛ والمبدع ٤/٣١٦.

(٧) انظر: الحاوي الكبير ٦/٢٧٢؛ والمهذب ١/٤٢٦؛ ومغني المحتاج ٢/١٦٠؛ ونهاية المحتاج ٤/٣٤١؛ والكافي ٣/٢٤٠؛ والمغني ٦/٥٦٤؛ وشرح الزركشي ٤/٨٨؛ ونهاية المحتاج ٤/٣٤١.







٢ ـ إن حق الشفيع آكد من حق البائع؛ لأنه يستحق انتزاع الشقص من المشتري، وممن نقله إليه بالبيع، فإنه لو باعه المشتري كان الشفيع أولى بأخذه، وحق البائع إنما يتعلق بالعين ما دامت في يد المشتري، فكان الشفيع أولى بأخذه(١).

٣ ـ إن البائع إنما يستحق الرجوع في عين لم يتعلق بها حق الغير(٢)، وهذه قد تعلق بها حق الشفيع.

أدلة القول الثاني:

١ ـ قوله ﷺ: «من أدرك ماله بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به»(٣).

فإنه يدل بعمومه على أن البائع له امتياز به(٤).

وأجيب عن هذا:

بأن الحديث محمول على من وجد متاعه بعينه، ولم يتعلق به حق آخر، وهنا حق الشفيع قد تعلق به وهو أسبق من حق البائع، فكان حق الشفيع أولى.

٢ ـ إن البائع إذا استرد المبيع، زال الضرر عن الشفيع؛ لأنه عاد كما كان قبل البيع، ولم تتجدد شركة غيره(٥).

ونوقش هذا الدليل من وجهين:

الوجه الأول: إن الضرر لا يزول عن الشفيع برده إلى البائع، بدليل ما لو باعه المشتري لبائعه، أو وهبه إياه، أو أقاله، لم يسقط حق الشفيع(٦).

الوجه الثاني: إن ضرر الشركة حاصل للشفيع، سواء كان ضرر البائع أم

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٢؛ والمغني ٦/ ٥٦٤؛ والشرح الكبير ١٣/ ٢٧٣ مع الإنصاف.

(٢) انظر: الكافي ٣/ ٢٤٠؛ والمغني ٦/ ٥٦٤.

(٣) تقدم تخريجه في ص١١٠.

(٤) انظر: الكافي ٣/ ٢٤٠؛ والمغني ٦/ ٥٦٤؛ والمبدع ٤/ ٣١٦.

(٥) انظر: المهذب ١/ ٤٢٧؛ والكافي ٣/ ٢٤٠؛ والمغني ٦/ ٥٦٣ ـ ٥٦٤.

(٦) انظر: المغني ٦/ ٥٦٤.



ضرر المشتري، وقد أعطاه الشرع حق الشفعة؛ لإزالة هذا الضرر بمجرد عقد البيع، فلا ينبغي إسقاط هذا الحق.

دليل القول الثالث:

استدلوا له بأنه: إذا أخذ الشفيع الشقص، وخص بثمنه البائع، كان في ذلك الجمع بين الحقين، فإن غرض الشفيع في عين الشقص المشفوع، وغرض البائع في ثمنه، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما[(١)].

وقد ناقش ابن قدامة رَحِمَهُ اللَّهُ هذا الدليل فقال: «وليس هذا جيداً؛ لأن حق البائع إنما ثبت في العين، فإذا صار الأمر إلى وجوب الثمن، تعلق بذمته، فساوى الغرماء فيه»[(٢)].

ولأن البائع ينبغي أن يكون مثل سائر الغرماء، لفوات عين المبيع، وأما ما دفعه الشفيع من الثمن، فهو في حكم ما لو اشتراه شخص آخر فدفع الثمن، كان جميع الغرماء فيه أسوة، فكذلك ما دفع الشفيع من الثمن يجب أن يكون جميع الغرماء فيه أسوة[(٣)].

دليل القول الرابع:

استدلوا له: بأن الشفيع إذا طالب بشفعة فهو أحق؛ لأن حقه حينئذٍ قد تأكد بالمطالبة، وإن كان لم يطالب فالبائع أولى؛ لعدم مزاحمته[(٤)].

ونوقش هذا الدليل:

بأن حق الشفيع ثبت بعقد البيع، ولا يسقط هذا الحق إلا بترك الشفعة بعد العلم بها، وهو حين علم بها، طالب بالشفعة فنازعه البائع، فكان الشفيع أولى؛ لسبق حقه.

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٢؛ والمهذب ١/ ٤٢٧؛ والمغني ٦/ ٥٦٤؛ والشرح الكبير ١٣/ ٢٧٣ ـ ٢٧٤.

(٢) المغني ٦/ ٥٦٤.

(٣) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٢٧٢.

(٤) انظر: المغني ٦/ ٥٦٤؛ والشرح الكبير ١٣/ ٢٧٣ مع الإنصاف؛ وشرح الزركشي ٤/ ٨٨؛ والمبدع ٤/ ٣١٦.

□ الترجيح:

الذي يظهر ـ والله أعلم بالصواب ـ القول الأول، وهو أن الشفيع له حق امتياز بالمبيع عند الإفلاس من البائع؛ وذلك للأسباب الآتية:

١ ـ قوة أدلته، حيث قد سلمت من المناقشة؛ ولأن أدلة الأقوال الأخرى قد أمكن الإجابة عنها، مما يجعلها لا تقوى على معارضة أدلة القول الأول.

٢ ـ إن مما يؤيد أن الشفيع له حق امتياز على البائع، ما رواه جابر[(١)] رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربْعةٍ[(٢)]، أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[(٣)].

فإن البائع قد خالف السنة حين باع ولم يعلم شريكه، وفي قوله ﷺ: «فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»، دلالة ظاهرة على أن الشفيع له امتياز بالمبيع.

٣ ـ إن البائع قد رضي بإسقاط حقه في العين، بمجرد عقد البيع، وتعلق الثمن بذمة المشتري في حين الشفيع لم يرضَ بإسقاط حقه، وتعلق حقه بعين المال، فكان أولى بالتقديم[(٤)]. والله أعلم.

---

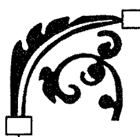
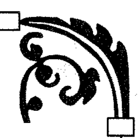
(١) هو: جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام، أبو عبد الله وأبو عبد الرحمٰن، الأنصاري الخزرجي، من أهل بيعة الرضوان، وكان آخر من شهد العقبة الثانية موتاً، روى علماً كثيراً عن النبي ﷺ وطائفة من أصحابه، مات سنة (٧٨هـ).
انظر ترجمته في: الاستيعاب ١/٢٩٢؛ وأسد الغابة ١/٤٩٢؛ والإصابة ١/٢٢٢.

(٢) رَبَعَ بالمكان يَرْبَعُ ربعاً: اطمأن، والرَّبْع: المنزل والدار بعينها، وجمعه: أرْبُع ورباع وربوع وأرباع.
انظر: أساس البلاغة، مادة: «ربع»، ص١٥٢؛ وشرح السنة للبغوي ٨/٢٨٠؛ والنهاية في غريب الحديث، مادة: «ربع» ٢/١٨٩؛ ومجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار لمحمد طاهر الفتني الهندي، مادة: «ربع» ٢/٢٨٠، (القاهرة: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م).

(٣) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: الشفعة، برقم: ١٦٠٨.

(٤) انظر: شروط استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي، د. عدلان بن غازي الشمراني، ص٣٩٩ ـ ٤٠٣، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، العدد: ٣٩، رجب ـ ١٤٢٣هـ.



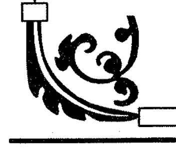
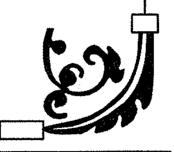
المبحث الثاني

الامتياز بسبب الإرادة المنفردة

وتحته مطلبان:

المطلب الأول: امتياز الموصى له.

المطلب الثاني: امتياز دين الوقف.





المطلب الأول

امتياز الموصى له

لا خلاف بين الفقهاء[(١)] في تقديم الوصايا على الإرث، وأن لها امتيازاً على حقوق الورثة، إن وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم منها الآكد فالآكد[(٢)]، وذلك لما يأتي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍۗ﴾ [النساء: ١١].

وجه الاستدلال من الآية:

إنها جعلت الإرث بعد الوصية «مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ»، وهذا نص في امتياز الوصية على الإرث.

٢ ـ قوله ﷺ لسعد بن أبي وقاص[(٣)] رضي الله عنه حين استأذنه في الوصية: «إنك أن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[(٤)].

وجه الاستدلال من الحديث:

إنه علل منع الوصية بالمال كله أو أكثره بإغناء الورثة عن تكفف الناس

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/ ٢٣٠؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨٥؛ والشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٥٨ مع حاشية الدسوقي؛ وأسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي ٣/ ٢٨٨؛ وروضة الطالبين ٦/ ٣؛ والمنثور في القواعد للزركشي ٣/ ١٣٤؛ ونهاية المحتاج ٦/ ٧؛ والشرح الكبير ١٨/ ١٠ مع الإنصاف؛ ومطالب أولي النهى ٤/ ٥٤٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤/ ٤٥٨ مع حاشية الدسوقي؛ وبداية المجتهد ٢/ ٣٣٨.

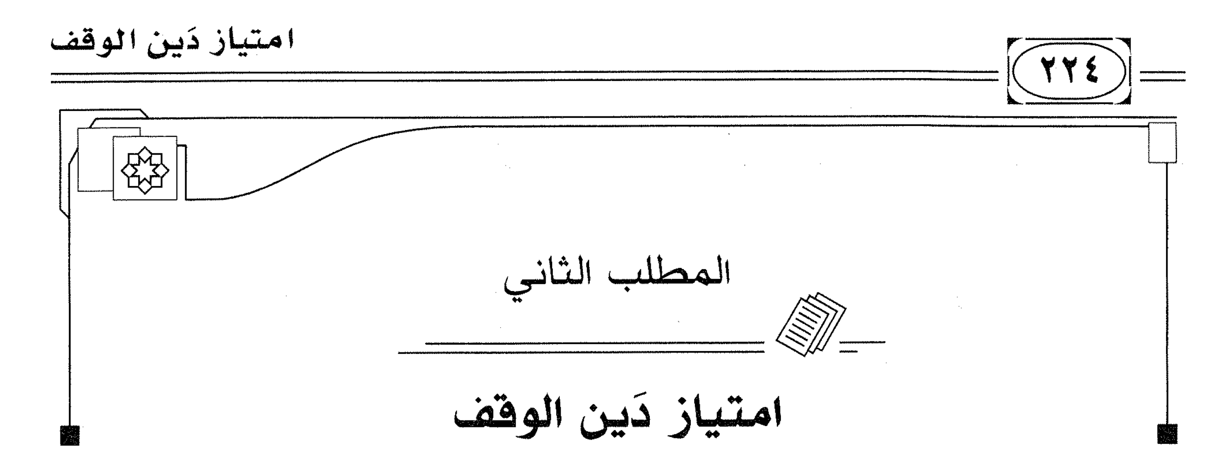
(٣) هو: سعد بن مالك بن أهيب، ويقال: وهيب بن عبد مناف القرشي الزهري، أبو إسحاق بن أبي وقاص، أحد العشرة وآخرهم موتاً، روى عن النبي ﷺ كثيراً، وهو أول من رمى بسهم في سبيل الله، وكان مجاب الدعوة، توفي سنة (٥٥هـ) على الأشهر.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ١٧١؛ وأسد الغابة ٢/ ٤٥٢؛ والإصابة ٣/ ٨٣.

(٤) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الوصايا، باب: الوصية بالثلث، برقم: ٢٧٤١.

ولو كان الإرث مقدماً على الوصية لما لزم من الوصية بكل المال تكفف الناس؛ لأن بإمكان الورثة حينئذٍ أن يستأثروا بالمال عن الموصى له؛ ولأنه لو قدم الإرث على الوصية لما بقي للوصية شيء لأن الإرث يستغرقه[١].

(١) انظر: فقه المواريث، د. عبد الكريم بن محمد اللاحم ١/ ٢٥، (الرياض: المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد، ط١، ١٤١٣هـ).





المطلب الثاني

امتياز دَين الوقف

دَين الوقف من الديون المرسلة المندرجة تحت ديون الله تعالى.

وديون الله على نوعين:

النوع الأول: ديون الله المتساوية في سبب الوجوب:

سواء ما أوجبه الشارع على المكلف ابتداء من غير أن يكون له سبب فيه، كالزكاة المتعلقة في الذمة، وحج الفرض، أو ما كان للمكلف سبب في وجوبه كالكفارات مع بعضها، والنذور مع بعضها.

وهذا النوع من ديون الله لا ترتيب فيه ولا امتياز؛ لأنه لا ميزة لبعضها على بعض في الوجوب فيقرع بينها، أو يترك الأمر للولي يقدم ما يترجح تقديمه لديه.

النوع الثاني: ديون الله المختلفة في سبب الوجوب:

سواء كان بعضه بإيجاب الشارع من غير أن يكون للعبد سبب في وجوبه، أو كان بعضه بسبب العبد نفسه، وذلك كالزكاة مع النذور أو الكفارات، وكحجة الإسلام مع الحج المنذور.

وهذه الديون ترتب حسب الأقوى منها، فيقدم ما أوجبه الشارع ابتداءً على ما تسبب العبد في إيجابه. فتقدم الزكاة على النذور والكفارات، وحجة الإسلام على حج النذر(١).

وبناءً على ذلك، فدين الوقف ليس له امتياز على الديون الأخرى في

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٨٤؛ والشرح الكبير ٤/ ٤٤١ مع حاشية الدسوقي.



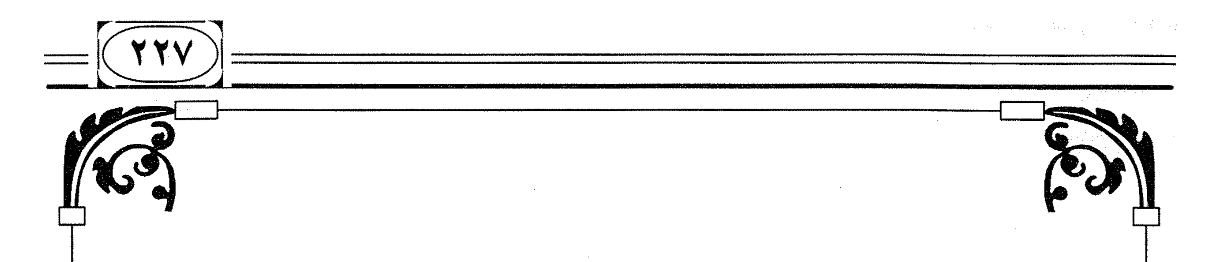
كلا الحالين؛ لأنه إن كان من النوع الأول فلا ميزة لبعضها على بعض في الوجوب، أو كان من النوع الثاني فيقدم عليه ما كان واجباً بأصل الشرع.

لذلك لو كانت تركة المتوفى المدين للوقف ولسائر الناس مستغرقة بالدين، فيدخل دين الوقف في قسمة الغرماء كالديون الأخرى[1]. والله أعلم.

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/ ٩٨، م: ٣٨، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون)؛ والمغني ٦/ ٥٤٤.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

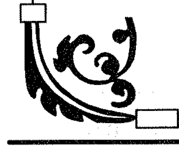
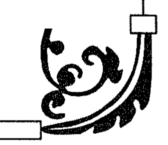


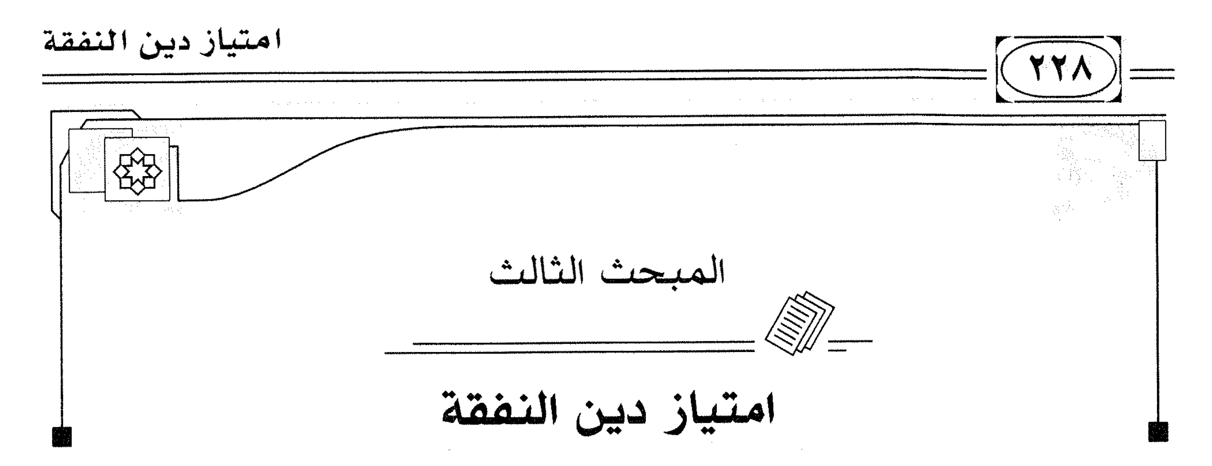
المبحث الثالث

الامتياز من الشرع

ويتضمن :

امتياز دين النفقة.



المبحث الثالث

امتياز دين النفقة

من امتياز الحق الشخصي للضرورة تقديم دين النفقة للزوجة والأولاد الصغار على بقية الديون العادية في الاستيفاء؛ لأن النفقة تتعلق بها حياة مستحقيها؛ ولأن نفقة هؤلاء من الحاجات الأصلية، فيكون لها امتياز على حقوق الغرماء.

وقد تقدم بحث ذلك مع الاستدلال له، فأغنى عن إعادته[١].

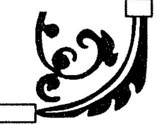
---

(١) انظر ذلك في ص٢٠١ ـ ٢٠٢.

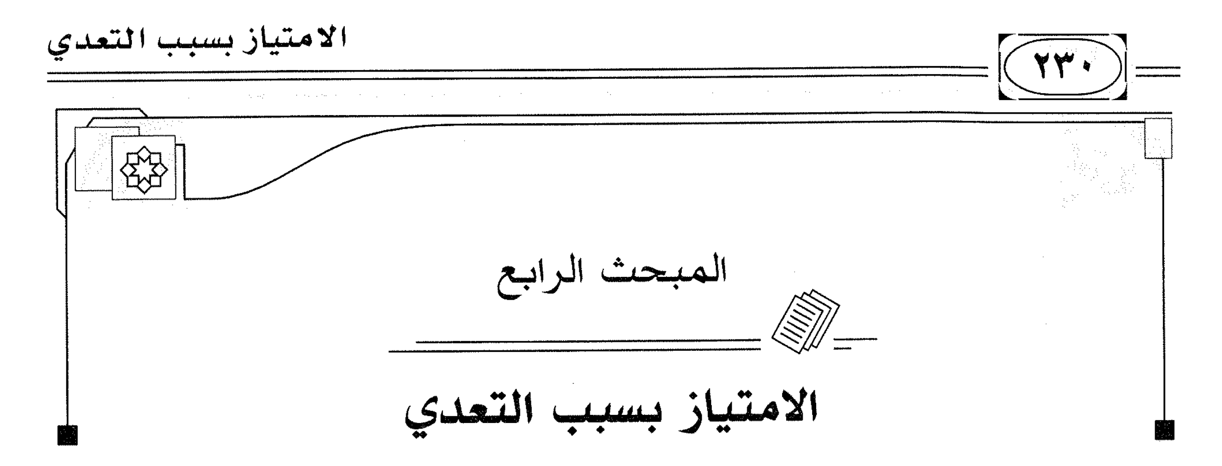


المبحث الرابع

الامتياز بسبب التعدي







المبحث الرابع

الامتياز بسبب التعدي

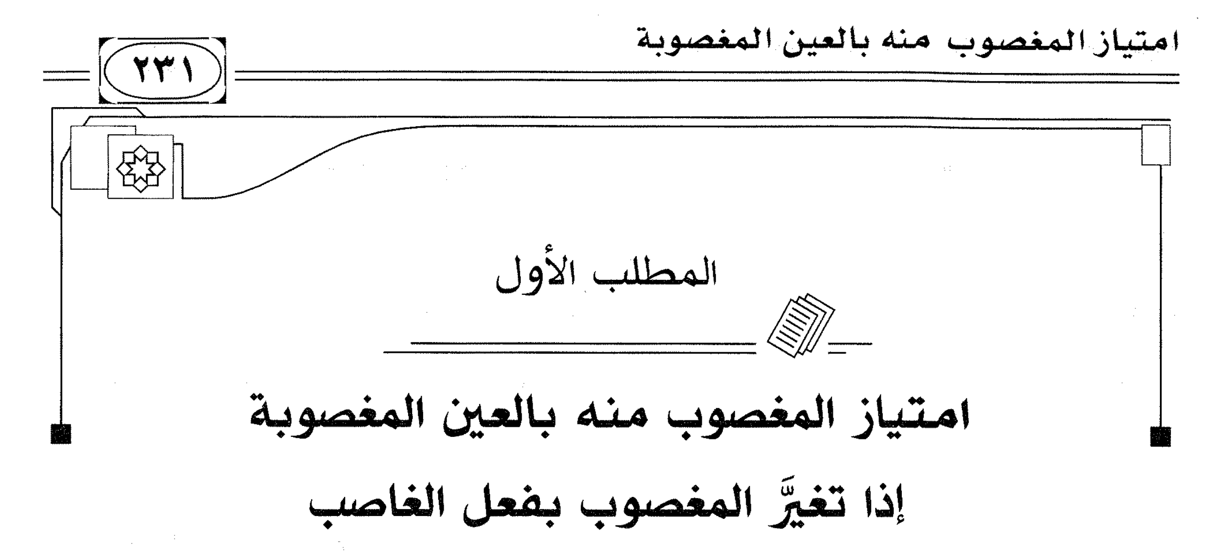
إن العين المغصوبة قد تبقى في يد الغاصب، أو تؤول إلى أيدي الناس وملكهم بسبل مشروعة من شراء أو هبة أو نحوهما، وحينئذٍ هل يكون للمغصوب منه حق امتياز في استرداد المغصوب، أو أنه يحق له أن يضمِّن الغاصب قيمة ما غصب، أو لا يكون للمغصوب منه حق امتياز في استرداد ملكه بل ينقطع حق المالك في استرداد ملكه؟

هذا ما سأبحثه في هذين المطلبين:

المطلب الأول: امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة إذا تغيَّر المغصوب بفعل الغاصب.

المطلب الثاني: امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع.





المطلب الأول

امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة إذا تغيَّرَ المغصوب بفعل الغاصب

إذا غيَّر الغاصب المغصوب بحيث يتبدل اسمه وتزول معظم منافعه، كمن غصب شاةً فذبحها، أو عنباً فعصره، أو قطناً فغزله، وما أشبه ذلك، فهل ينقطع حق امتياز المالك في استرداد ملكه، أو أن له أن يضمِّن الغاصب قيمة ما غصب؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: إن لمالك العين حق امتياز في استرداد ملكه، وأن ملكه لم يزل عنه، وله أرش النقص إن نقصت العين باعتداء الغاصب إلا أنه لا شيء للغاصب إن زادت العين في هذه الحال، وإلى هذا ذهب أبو يوسف[١] من الحنفية[٢] وأشهب[٣] ....

(١) هو: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي، الإمام، المجتهد، المحدث، ولد سنة (١١٣هـ)، تتلمذ على الإمام أبي حنيفة، وكان أبو حنيفة يتعاهده حتى أصبح إماماً، قد ملأ بفقهه الخافقين، من آثاره: الخراج، والوصية، وغيرهما، توفي سنة (١٨٢هـ).

انظر ترجمته في: الجواهر المضية في طبقات الحنفية لأبي الوفاء القرشي ٣/ ٦١١؛ وسير أعلام النبلاء ٨/ ٥٣٥؛ والفوائد البهية في تراجم الحنفية لعبد الحي اللكنوي، ص٢٢٥.

(٢) انظر: تكملة فتح القدير ٩/ ٣٣٣؛ وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٧؛ والاختيار ٣/ ٦٢.

(٣) هو: أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي العامري، ولد سنة (١٤٠هـ)، وقيل: (١٥٠هـ)، من شيوخه: الإمام مالك، والليث، والفضيل بن عياض، ومن =

من المالكية[١]، والصحيح عند الشافعية[٢] والحنابلة[٣]، وهو قول الظاهرية[٤].

القول الثاني: ليس لمالك العين حق امتياز في استرداد ملكه إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف في المغصوب إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف يشاء، وإلى هذا ذهب الإمام أبو حنيفة وأكثر فقهاء مذهبه[٥] والمالكية[٦] وهو قول عند الشافعية[٧]والحنابلة[٨].

*** الأدلة والمناقشة:**

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١ ـ إن عين مال الغاصب موجودة باقية بعد فعل الغاصب[٩]، فهو أحق بها فلزم ردها إليه[١٠]، قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى

= تلاميذه: الحارث بن مسكين، وسحنون بن سعيد، انتهت إليه الرئاسة بمصر بعد وفاة ابن القاسم، توفي سنة (٢٠٤هـ).
انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ١/ ٢٣٨، برقم: ١٠٠؛ وترتيب المدارك للقاضي عياض ٣/ ٢٦٢، ت: عبد القادر الصحراوي، (المغرب، ط بدون)؛ والديباج المذهب ١/ ٣٠٧.

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣/ ٨٧٠؛ والشرح الكبير ٣/ ٤٤٦ مع حاشية الدسوقي.
(٢) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٣؛ والمهذب ١/ ٤٨٧؛ والوجيز للغزالي ١/ ٢١١؛ والبيان ٧/ ٢٢؛ ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٨.
(٣) انظر: الشرح الكبير ١٥/ ١٧٥ مع الإنصاف؛ والإنصاف ٦/ ١٤٥ ـ ١٤٦؛ والمبدع ٥/ ١٦١؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٠٦.
(٤) انظر: المحلى ٨/ ١٤٢، م: ١٢٦٠.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٤٨؛ وحاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٧؛ والاختيار ٣/ ٦٢.
(٦) انظر: عقد الجواهرالثمينة ٣/ ٨٧٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٤٦ ـ ٤٤٧؛ والشرح الصغير للدردير ٥/ ٦٤ ـ ٦٥ مع حاشية الصاوي والمبارك.
(٧) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٣؛ ومغني المحتاج ٢/ ٢٨٨.
(٨) انظر: الشرح الكبير ١٥/ ١٧٥ مع الإنصاف؛ والإنصاف ٦/ ١٤٧؛ والمبدع ٥/ ١٦١.
(٩) انظر: الحاوي الكبير ٦/ ٣٠٣؛ والمهذب ١/ ٤٨٧؛ والبيان ٧/ ٢٣؛ والشرح الكبير ١٥/ ١٧٥.
(١٠) انظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٤٨؛ والعناية على الهداية للبابرتي ٩/ ٣٣٣ مع تكملة فتح =





تؤديه»[(١)]، وقال ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»[(٢)].

٢ ـ «ولأنه مغصوب، غيَّره الغاصب بفعلٍ تعدى به، فلم يملكه به، كما لو غصب شاة وذبحها ولم يشوها»[(٣)].

٣ ـ ولأن هذا الاعتداء لو فعله الغاصب بملكه لم يزل عنه، فكذا لو فعله بملك غيره[(٤)].

٤ ـ أما أنه ليس للغاصب أي شيء عن زيادته للمغصوب؛ فلأنه عمل في ملك غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً، كما لو غلى زيتاً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره، أو زرع حنطة إنسان في أرضه[(٥)].

واستدل أصحاب القول الثاني بما يأتي:

١ ـ ما ورد أن رسول الله ﷺ قال عن الشاة التي قدمت إليه: «أجد لحم شاة أخذت بغير إذن أهلها»، فأرسلت المرأة، قالت: يا رسول الله، إني

= القدير؛ وتكملة فتح القدير ٩/ ٣٣٣.

(١) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٥/ ٨، ١٢؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: في تضمين العارية، برقم: ٣٥٦١؛ والترمذي في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في أن العارية مؤداة، برقم: ١٢٦٦، وقال: حديث حسن صحيح، وابن ماجه في «سننه»، كتاب: الصدقات، باب: العارية، برقم: ٢٤٠٠، وضعفه الألباني في «ضعيف سنن أبي داود»، برقم: ٧٦١، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ)، وفي «الإرواء»، برقم: ١٥١٦؛ وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٥٣، برقم: ١٢٦٧.

(٢) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٥/ ٧٢؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ٩١، ٩٢؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: كتاب الغصب، باب: من غصب لوحاً فأدخله في سفينة أو بنى عليه حائطاً ٦/ ١٠٠، وفي كتاب قتال أهل البغي، باب: أهل البغي إذا فاؤوا... ٨/ ١٨٢، وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب: البيوع، باب: الغضب وحرمة مال المسلم: «رواه أبو يعلى، وأبو مرة وثقه أبو داود وضعفه ابن معين»؛ والحديث صححه الألباني في «الإرواء»، برقم: ١٤٥٩؛ وانظر: التلخيص الحبير ٣/ ٤٥؛ وكشف الخفاء للعجلوني ٢/ ٣٧٠، برقم: ٣١٠١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٠٨هـ).

(٣) البيان للعمراني ٧/ ٢٣؛ وانظر: بدائع الصنائع ٧/ ١٤٩.

(٤) انظر: المبدع ٥/ ١٦١.

(٥) انظر: المبدع ٥/ ١٦١.



أرسلت إلى البقيع من يشتري لي شاة، فلم أجد، فأرسلت إلى جارٍ لي قد اشترى شاة، أن أرسل إليَّ بها بثمنها فلم يوجد، فأرسلت إلى امرأته، فأرسلت إليَّ بها، فقال رسول الله ﷺ: «أطعميه الأسارى»[١].

وجه الاستدلال من الحديث:

دل هذا الحديث على أن حق أصحاب الشاة انقطع عنها؛ لأنها أخذت بغير حق، ولولا ذلك لأمر ﷺ برد الشاة إلى أصحابها[٢].

٢ ـ ثم إن المغصوب في هذه الحالات قد استهلك «إما صورة ومعنى، أو معنى لا صورة، فيزول ملك المالك عنه، وتبطل ولاية الاسترداد كما إذا استهلكه حقيقة، ودلالةُ تحقق الاستهلاك: أن المغصوب قد تبدل وصار شيئاً آخر...؛ لأنه لم تبق صورته ولا معناه الموضوع له في بعض المواضع ولا اسمه، وقيام الأعيان بقيام صورها ومعانيها المطلوبة منها، وفي بعضها إن بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب منه عادةً، فكان فعله استهلاكاً للمغصوب صورة ومعنى، أو معنى فيبطل حق الاسترداد؛ إذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي.

ولأنه إذا حصل الاستهلاك يزول ملك المالك؛ لأن الملك لا يبقى في

---

(١) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٥/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: في اجتناب الشبهات، برقم: ٣٣٣٢، واللفظ له؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك، برقم: ٥٤؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: الغصب، باب: لا يملك أحد بالجناية شيئاً جنى عليه إلا أن يشاء هو والمالك ٦/ ٩٧؛ وأورده الهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب: البيوع، باب: في من أخذ شيئاً بغير إذن صاحبه. وقال: «فيه بشر المريسي، وهو ضعيف»، وحسَّن إسناده الساعاتي في «الفتح الرباني»، ١٥/ ١٤٦ ـ ١٤٧، (القاهرة: دار الشهاب، ط بدون)؛ وصححه الألباني في صحيح «سنن أبي داود»، برقم: ٢٨٥٠، وقوى إسناده محققو المسند، برقم: ٢٢٥٠٩، ٣٧/ ١٨٦؛ وانظر: عون المعبود للعظيم آبادي ٩/ ١٨٢؛ والتعليق المغني على الدارقطني للعظيم آبادي ٤/ ٢٨٥، ٢٨٧.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/ ٢٢٧؛ والاختيار ٣/ ٦٢؛ والبيان للعمراني ٧/ ٢٣.

الهالك كما في الهالك الحقيقي، فتنقطع ولاية الاسترداد ضرورة.

ولأن الاستهلاك يوجب ضمان المثل أو القيمة للمالك لوقوعه اعتداءً عليه أو إضراراً به، وهذا يوجب زوال ملكه عن المغصوب...، وإذا زال ملك المالك بالضمان يثبت الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهو إثبات الملك على مال غير مملوك لأحد.

وبه تبين أن فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح لا حظر فيه فجاز أن يثبت الملك به»[١].

مناقشة هذا الاستدلال:

ناقش ابن حزم[٢] رحمه الله هذا الرأي فقال: «إنه إذا أخذنا بذلك الرأي، فإنه يمكن أن يقال حينئذٍ لكل فاسق: إذا أردت أخذ قمح يتيم أو جارك، وأكل غنمه واستحلال ثيابه وقد امتنع أن يبيعك شيئاً من ذلك، فاغصبها واقطعها ثياباً على رغمه، واذبح غنمه واطبخها، واغصب حنطته واطحنها، وكُلْ كُلَّ ذلك حلالاً طيباً، وليس عليك إلا قيمة ما أخذت، وهذا خلاف القرآن في نهيه تعالى أن نأكل أموالنا بالباطل[٣]، وخلاف رسول الله ﷺ في قوله: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»[٤]... وما يشك أحد

---

(١) بدائع الصنائع ٧/١٤٨؛ وانظر: حاشية الشلبي ٥/٢٢٧؛ والشرح الكبير ١٥/ ١٧٥ مع الإنصاف؛ والإنصاف ٦/ ١٥٠.

(٢) هو: علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري الأندلسي، أبو محمد، ولد سنة (٣٨٤هـ)، كان واسع العلم بالكتاب والسنة والمذاهب والعربية والآداب مع الصدق والديانة، زاهداً في الدنيا بعد الرئاسة التي كانت له ولأبيه، انتقد كثيراً من آراء العلماء، من آثاره: المحلى، وجمهرة الأنساب، والناسخ والمنسوخ، وغيرها، توفي سنة (٤٥٦هـ).

انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٣/ ٣٢٥؛ وسير أعلام النبلاء ١٨/ ١٨٤؛ وشذرات الذهب ٥/ ٢٣٩.

(٣) يشير إلى قوله تعالى في سورة البقرة، من الآية (١٨٨): ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾.

(٤) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الحج، باب: الخطبة في أيام منى، برقم: ١٧٣٩؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، برقم: ١٦٧٩.





أن كل دقيق طحن من حنطة إنسان فهو لصاحب الحنطة»[١].

وأما خبر «المرأة التي دعت رسول الله ﷺ إلى طعام فأخبرته أنها أرادت ابتياع شاة فلم تجدها فأرسلت إلى جارة لها ابعثي إليَّ بالشاة التي لزوجك...».

فهذا حجة عليهم لا لهم «إذ فيه أن عليه السلام لم يبق ذلك اللحم في ملك التي أخذتها بغير إذن ربها، وهم يقولون: إنه للغاصب حلال، وهذا الخبر فيه ـ أيضاً ـ أنه لم يأخذ رأيها في ذلك ـ أي عند أمره ﷺ إطعامها الأسارى ـ فصح إذن أنه ليس لها»[٢].

وواضح من الحديث أن الرسول ﷺ لم يُمَلِّك الشاة المأخوذة بغير حق لمن أخذتها، وهذا ينقض ما ذهب إليه هذا الفريق.

أما أنه ﷺ لم يردَّ الشاة إلى مالكها فلعل ذلك لغياب صاحبها؛ إذ في الخبر ما يدل على ذلك فخشي عليه الصلاة والسلام أن تفسد عليهم قبل وصولها إليهم، وللحاكم أن يبيع على الغائب ما يخشى فساده[٣].

□ الترجيح:

يظهر لي ـ والله أعلم بالصواب ـ أن القول الأول أولى بالاتباع؛ لأن ما ذهب إليه الفريق الثاني من الفقهاء لم يسلم من المناقشة والرد عليه، وبيان ضعف ما استدلوا به، والمالك أولى بملكه من غيره، فيكون له حق امتياز به، فعودته إليه أولى من الضمان؛ لأنه قد تكون له به حاجة شخصية قد لا تتحقق بالتعويض عنه. والله أعلم.

---

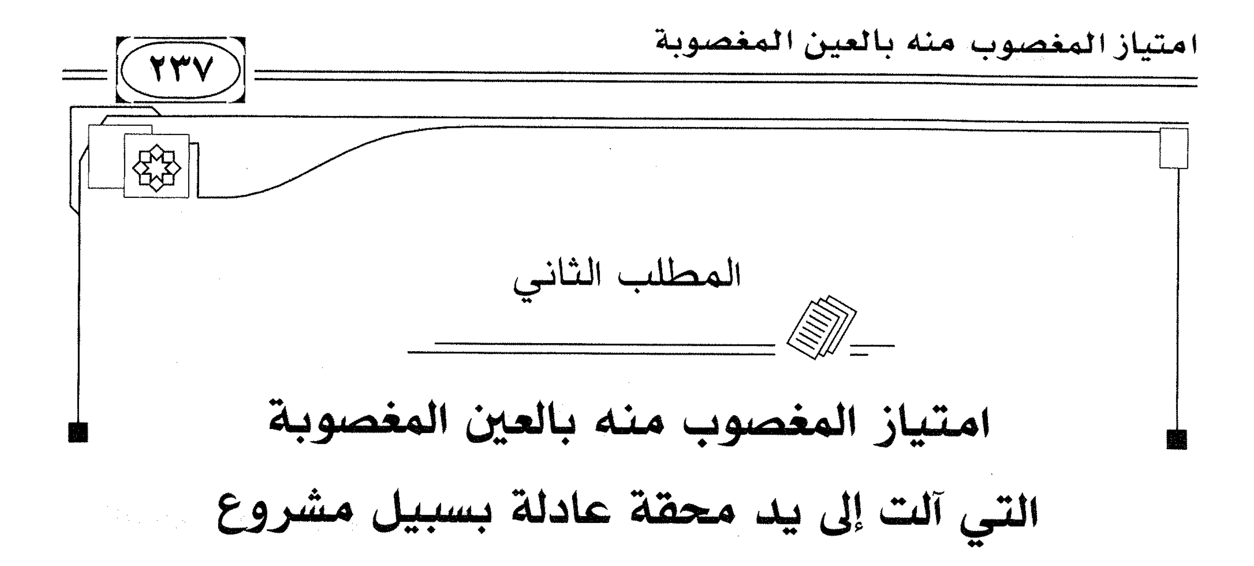
(١) المحلى ٨/ ١٤٢، م: ١٢٦٠.

(٢) المحلى ٨/ ١٤٢، ١٤٣، م: ١٢٦٠.

(٣) انظر: البيان للعمراني ٧/ ٢٣٠؛ والسنن الكبرى للبيهقي ٦/ ٩٧، ٩٨.







المطلب الثاني

امتياز المغصوب منه بالعين المغصوبة التي آلت إلى يد محقة عادلة بسبيل مشروع

تحرير محل النزاع:

اتفق عامة الفقهاء ـ رحمهم الله ـ أن من وجد متاعه أو أعيانه المالية لم يتم التصرف فيها مطلقاً فله امتياز بها على غيره، ولو تصرف فيها بعد العلم بمالكها الأصلي تحقيقاً لم يجز هذا التصرف، وعُدَّ باطلاً وصاحبها أحق بها.

كما أن من وجد متاعه أو عينه المالية لدى من أخذها بسبيل مشروع بدون دفع معاوضة كالهبة المطلقة مثلاً، فإن صاحب المتاع والمال له امتياز به بدون أن يلزمه شيء[(١)].

أما إن كان المتاع والعين المالية قد آلت من غاصبها إلى يد محقة عادلة ملكتها بطريق مشروع قائم على المعاوضة كالشراء مثلاً فاستحق صاحبها الأصلي لها، فهذا مختلف فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول: إن صاحبها الأصلي له امتياز بها على من هي بيده مطلقاً،

---

(١) وذلك في قول جمهور الفقهاء خلافاً للإمام أبي حنيفة رحمه الله حيث يرى أن هذه الصورة تأخذ الحكم نفسه الوارد على بقية المسألة بأنه يستحق ذلك بالقيمة، ولا يخرج المتاع ممن هو بيده بدون شيء من التعويض له حتى ولو آل إليه في الأصل بدون شيء.
انظر: بدائع الصنائع ٧/١٢٨ ـ ١٢٩؛ والمغني ١٣/١١٨ ـ ١١٩؛ والشرح الكبير ١٠/٢٠٠ مع الإنصاف؛ والإنصاف ٤/١٥٨.

وبه قال الشافعية(١) والظاهرية(٢) وابن المنذر(٣).

القول الثاني: إن صاحبها الأصلي ليس له امتياز على من هي بيده مطلقاً، وهو رواية عن الإمام أحمد(٤).

القول الثالث: إن صاحبها الأصلي له امتياز بها مع دفع الثمن لمن هي بيده، وبه قال الحنفية(٥) والمالكية(٦) ورواية عن الإمام أحمد(٧).

*** الأدلة والمناقشة:**

استدل أصحاب القول الأول القائلون بأن صاحب العين المغصوبة له امتياز بها مطلقاً بما يأتي:

---

(١) انظر: المهذب ٢/٣١١؛ والبيان ١٢/١٩٠؛ وفتح الباري ٦/٢١١.

(٢) انظر: المحلى ٧/٣٠٠، م: ٩٣١.

(٣) انظر: المغني ١٣/١١٨؛ وفتح الباري ٦/٢١١.

وابن المنذر هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإمام الحافظ أبو بكر، نزيل مكة، وصاحب التصانيف الماتعة، ولد في حدود سنة (٢٤١هـ)، وعداده في فقهاء الشافعية، من آثاره: الإجماع، والإشراف، والأوسط، توفي سنة (٣٠٩هـ)، وقيل: (٣١٠هـ).

انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٤/٢٠٧؛ وسير أعلام النبلاء ١٤/٤٩٠؛ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٣/١٠٢.

(٤) انظر: المغني ١٣/١١٨؛ والشرح الكبير ١٠/١٩٦ مع الإنصاف؛ والإنصاف ٤/١٥٧.

(٥) يرى الحنفية: أن الأعيان المثلية لا فائدة من امتياز صاحب العين بها لكونه سيدفع مثلها لمن هي بيده، كما يرون أن أخذ العين بالقيمة يكون في غير العبد الآبق لكون صاحبه أحق به مطلقاً.

انظر: بدائع الصنائع ٧/١٢٨؛ وشرح فتح القدير ٦/٧، ٨؛ واللباب في شرح الكتاب ٤/١٢٨.

(٦) إلا أن الإمام مالكاً رحمه الله في حال الغصب عند معرفة الغاصب يرى تخيير صاحب العين فهو له امتياز ممن هي بيده مطلقاً، ويرجع من هي بيده على الغاصب بما دفعه له، كما أن للمغصوب منه الرجوع على الغاصب بثمنها.

انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٨٤٨؛ وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٣/١٣٧، ١٣٨.

(٧) انظر: المغني ١٣/١١٨؛ والشرح الكبير ١٠/١٩٦ مع الإنصاف؛ ومطالب أولي النهى ٢/٥٤٩؛ وكشاف القناع ٣/٧٨.



١ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ﴾ [النساء: ٢٩].

٢ ـ قول النبي ﷺ: «إن الله تبارك وتعالى قد حرّم عليكم دماءكم، وأموالكم، وأعراضكم إلا بحقها»[١].

٣ ـ قوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»[٢].

فهذه النصوص بمجموعها تنهى عن أخذ مال المسلم بغير حق، والعين المغصوبة من صاحبها مأخوذة منه بغير حق، وما أخذ بغير حق لزم إعادته لصاحبه لتحصل البراءة من عهدته[٣].

وأجيب عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول: إنها نصوص عامة، وفي المسألة مدار البحث نصوص خاصة، فهي مقدمة في حكم عين المسألة.

الجواب الثاني: إن النصوص تمنع من أكل أموال الناس بغير سبيل مشروع ظلماً وباطلاً، وفي المسألة محل البحث آلت العين إلى من هي بيده بسبيل مشروع فليست يده يد اعتداء وظلم، وبذا لا تتناوله دلالة النصوص.

٤ ـ كما استدلوا أيضاً: بأن ملك صاحب العين باقٍ لم يَزُل، فوجب أن يكون له امتياز على من هي بيده بغير شيء، ويرجع من أخذت منه العين بحقه على من باعه، ولا يصح أن يجمع على صاحب العين ومالكها معاوضة تضمن للغير بغير جناية منه، كما لا يضمن أن يحال بينه وبين عينه المملوكة له بإلزامه

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الحدود، باب: ظهر المؤمن حمى إلا في حد أو حق، برقم: ٦٧٨٥، واللفظ له؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات، باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال، برقم: ١٦٧٩.

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الحرث والمزارعة، باب: من أحيا أرضاً مواتاً ٢/١٥٧؛ وانظر: تغليق التعليق على صحيح البخاري للحافظ ابن حجر ٣/٣٠٩، ت: سعيد القزقي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

(٣) انظر: المحلى ٧/٣٠٤؛ والمغني ١٣/١١٨.







بدفع القيمة[(١)].

وأجيب عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول: إن أخذ الثمن فيه حفظ لحق المشتري الذي آلت إليه العين، وعدم تضييع العين والثمن عليه معاً ولم يحصل منه اعتداء في استحقاقها بيده، كما أن مالك العين حين يدفع ثمنها لمن هي بيده لا يذهب ذلك المدفوع هدراً عليه، بل له حق الرجوع على الغاصب بما دفعه وتضمينه إياه لكونه وقع بسببه.

الجواب الثاني: إن المشتري للعين المغرور بها هو بمثابة المخلِّص للعين من غاصبها لمالكها فدراهم المشتري المغرور بالعين هي السبب في تخليص العين لمالكها فيضمنها المالك لصاحبها.

واستدل أصحاب القول الثاني، القائلون بأن صاحب العين ليس له امتياز على من هي بيده مطلقاً بما يأتي:

١ ـ حديث ابن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو أحق به، وإن أدركه بعد أن يقسم فليس له شيء»[(٢)].

٢ ـ عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى السائب[(٣)]: «أيما رجل من

---

(١) انظر: المحلى ٧/ ٣٠٤؛ والمغني ١٣/ ١١٨؛ والشرح الكبير ١٠/ ١٩٩ مع الإنصاف.

(٢) رواه الطبراني في «الأوسط» ٨/ ٢١٦، برقم: ٨٤٤٤، وقال: «لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا ياسين، تفرد به سويد بن عبد العزيز»، ت: طارق بن عوض الله محمد وَعبد المحسن إبراهيم الحسيني، (القاهرة: دار الحرمين، ط بدون، ١٤١٥هـ)؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: السير ٤/ ١١٤، برقم: ٣٨، وقال: «فيه رشدين، ضعيف»، وبرقم: ٣٦، بسنده إلى ابن شهاب من طريق إسحاق بن عبد الله، ولكنه قال عقبه: «فيه إسحاق هو ابن فروة، متروك»، وأورده الهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب: الجهاد، باب: في من غلب العدو على ماله ثم وجده ٦/ ٥، وقال: «فيه ياسين الزيات، وهو ضعيف»؛ وانظر: نصب الراية للزيلعي ٣/ ٤٣٥، (القاهرة: دار المأمون، ط١، ١٣٥٧هـ).

(٣) هو: السائب بن الأقرع الثقفي، روى عن عمر بن الخطاب، وكان قليل الحديث. انظر ترجمته في: الطبقات الكبرى ٧/ ٧١؛ والبداية والنهاية ١٠/ ١١٧، ١٢٣ ـ ١٢٥.





المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره، وإن أصابه في أيدي التجار بعد ما اقتسم فلا سبيل إليه»[١].

٣ ـ وقال سلمان بن ربيعة[٢] رضي الله عنه: «إذا قسم فلا حق له فيه»[٣].

فالعين قد آلت إلى يد عادلة بعد القسمة كيد المشتري للعين المغصوبة، فليس لصاحبها امتياز على من هي بيده مطلقاً.

وأجيب عن ذلك بجوابين:

الجواب الأول: إن حديث ابن عمر رضي الله عنهما لا تقوم به الحجة.

الجواب الثاني: إن في حرمان صاحب العين مالكها الأصلي من عين ماله مطلقاً نوع إجحاف بحقه، وتجاوز عليه مع إمكان المصير إلى عدم حرمانه بمقتضى النصوص الأخرى، وذلك أرفق به وأعدل.

واستدل أصحاب القول الثالث، القائلون بأن صاحب العين له امتياز مع دفع الثمن لمن هي بيده بما يأتي:

١ ـ حديث ابن عباس[٤] رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «... فيما أحرز

---

(١) رواه سعيد بن منصور في «سننه»، كتاب: الجهاد، باب: ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين، برقم: ٢٧٩٩، ٢٨٠٣، ت: حبيب الرحمٰن الأعظمي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ)؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: السير ٤/ ١١٤، برقم: ٣٧، وقال: «هذا مرسل»؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: السير، باب: من فرق بين وجوده قبل القسمة وبين وجوده بعده... ٩/ ١١٢، وقال: «مرسل»، ورواه ابن حزم في «المحلى» من وجه آخر ٧/ ٣٠١؛ وانظر: نصب الراية للزيلعي ٣/ ٤٣٤؛ والجوهر النقي لابن التركماني ٩/ ١١٢.

(٢) هو: سلمان بن ربيعة بن يزيد بن عمرو الباهلي، أبو عبد الله، وهو سلمان الخيل، يقال: إن له صحبة، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عمر رضي الله عنه، وعنه: سويد بن غفلة، والصبي بن معبد، وأبو وائل، وغيرهم، وهو أول قاض استقضي بالكوفة.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ١٩٣؛ وأسد الغابة ٢/ ٥٠٨؛ والإصابة ٣/ ١١٢.

(٣) رواه سعيد بن منصور في «سننه»، كتاب: الجهاد، باب: ما أحرزه المشركون من المسلمين ثم يفيئه الله على المسلمين ٢/ ٢٨٨؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: السير، باب: من فرق بين وجوده قبل القسمة وبين وجوده بعده... ٩/ ١١٢.

(٤) هو: عبد الله بن عباس بن عبد المطلب الهاشمي، أبو العباس، ولد بشعب بني هاشم =





العدو فاستنقذه المسلمون منهم أو أخذه صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به، فإن وجده وقد قسم فإن شاء أخذه بالثمن»[١].

فالعين يستحقها صاحبها بالثمن كما هي حال الواجد لماله في الحديث آنف الذكر بعد القسمة.

٢ ـ واستدلوا: بأنه امتنع أخذه للعين بغير شيء كيلا يفضي إلى حرمان المشتري وتضييع الثمن عليه، فحقه ينجبر ويحفظ بالثمن، فيرجع صاحب المال في عين ماله بمنزلة مشتري الشقص المشفوع[٢].

□ الترجيح:

يبدو ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثالث، بأن مالك العين الأصلي له امتياز بالمغصوب على من هي بيده بالثمن يضمنها لمشتريها وله الرجوع بذلك على غاصبه، وذلك لما يأتي:

١ ـ إن هذا القول حصل العمل به في عهد النبي ﷺ، وخلفائه رضي الله عنهم ومن بعدهم، وإن كانت الرواية الواردة في العمل بذلك في عهد النبوة فيها من ليس بالقوي سنداً[٣] إلا أنها تدعم الأثر الوارد، ويؤيد ذلك عمل الخلفاء رضي الله عنهم[٤].

= قبل الهجرة بثلاث سنوات، وهو حبر الأمة وترجمان القرآن، كف بصره في آخر عمره، سكن الطائف وتوفي بها سنة ٦٨هـ.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ٦٦؛ وأسد الغابة ٣/ ٢٩١؛ والإصابة ٤/ ٩٠.

(١) رواه الدارقطني في «سننه»، كتاب: السير ٤/ ١١٤، ١١٥، وقال: «في سنده الحسن بن عمارة، وهو متروك»، والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: السير، باب: من فرق بين وجوده قبل القسمة وبين وجوده بعده.. ٩/ ١١١، وقال: «فيه الحسن بن عمارة، متروك لا يحتج به»، وقال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» ٦/ ٢١١ «إسناده ضعيف جداً»؛ وانظر: المحلى لابن حزم ٧/ ٣٠٣؛ ونصب الراية للزيلعي ٣/ ٤٣٤؛ والتعليق المغني للعظيم آبادي ٤/ ١١٥.

(٢) انظر: المغني ١٣/ ١١٨؛ والشرح الكبير ١٠/ ١٩٨ مع الإنصاف؛ ومطالب أولي النهى ٢/ ٥٤٩.

(٣) فيها عكرمة بن خالد ليس بالقوي؛ انظر: المحلى ٧/ ٣٠٣.

(٤) انظر: المحلى ٧/ ٣٠٣؛ ونصب الراية ٣/ ٤٣٦.







قال ابن حزم رحمه الله: «إن النبي ﷺ قضى في السرقة إن كان الذي ابتاعها من الذي سرقها غير متهم يخيَّر سيدها، إن شاء أخذ الذي سُرِقَ منه بثمنه وإن شاء اتبع سارقه، ثم قضى بذلك أبو بكر وعمر وعثمان...»[1].

وجريان العمل بامتياز مالك العين لها على من هي بيده بالثمن وقضاء الخلفاء رضي الله عنهم بذلك بعد عهد النبوة يفيد رجحان ذلك.

٢ ـ إن من المقررات الشرعية في من خلَّص مال غيره من التلف بمعاوضة فلدافع العوض الرجوع على صاحب المال بما دفعه[2].

٣ ـ إن في هذا القول مراعاة للعدل في حق مالك العين بعدم حرمانه من عين ماله، ومنعه منه، كما أن فيه رعاية للعدل في حق المشتري الذي آلت إليه العين بسبيل مشروع ولم تكن يده يد اعتداء بل يد حق وعدل بضمان حقه بالثمن الذي دفعه صاحب العين لبائعها وإيجاب ذلك له على آخذ العين التي بيده، ولدافع الضمان الرجوع به على من اعتدى عليه بالغصب.

---

(١) المحلى ٧/٣٠٣. وهذا حديث رواه النسائي في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق ٧/٣١٣؛ وصححه الألباني في «صحيح سنن النسائي»، برقم: ٤٣٦٥، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٠٩هـ).

(٢) انظر: مجموعة الرسائل والمسائل النجدية لبعض علماء نجد ١/٣٦٦، ٣٦٧، (الرياض: دار العاصمة، ط٢، ١٤١٢هـ).


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

الفصل الثَّاني

امتياز المنافع

ويشتمل على تمهيد وسبعة مباحث:


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





تعريف المنفعة

يعتبر موضوع المنفعة وثيق الصلة بموضوع الامتياز وما في حكمه، ذلك أنه إذا ثبت أن الامتياز منفعة، فستنطبق عليه أحكام «حق المنفعة»، ومن هنا لزم معرفة المنفعة بتحرير معناها كحقٍّ وبيان أحوالها وأحكامها.

أولاً: المنفعة في اللغة:

النفع في اللغة الخير؛ أي ضد الضر، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه ومقصوده، يقال: انتفعت بالشيء ونفعني الله به، والمنفعة اسم منه[(١)].

والمنفعة: كل ما ينتفع به، والجمع منافع[(٢)].

ولذا فالمنفعة في اللغة تعم كل ما يستفاد من الشيء عرضاً كان مثل سكنى الدار وركوب الدابة، أو مادة مثل ثمر الشجر وأجرة الدار، وهو ما يطلق عليه الفقهاء «الغلة»[(٣)].

وعلى أية حال، فالمقصود في هذا المجال المنفعة، بمعنى الفوائد العرضية.

---

(١) انظر: أساس البلاغة، مادة: «نفع»، ص٤٦٨؛ ولسان العرب، مادة: «نفع» ٨/ ٤٥٠٧؛ والمصباح المنير، مادة: «نفع» ٢/ ٦١٨؛ والقاموس المحيط، مادة: «نفع»، ص٩٩١؛ والمعجم الوسيط، مادة: «نفع» ٢/ ٩٤٢.

(٢) انظر: لسان العرب، مادة: «نفع» ٨/ ٤٥٠٧؛ والمعجم الوسيط، مادة: «نفع» ٢/ ٩٤٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٦٤؛ وفي القاموس المحيط، مادة: «غلل»، ص١٣٤٣: «والغَلَّة: الدخل من كراء دارٍ، وأجرة غلام، وفائدة أرض».

ثانياً: المنفعة في اصطلاح الفقهاء:

عُرِّفت بأنها: «عرض لا تبقى زمانين»[١].

وهي على هذا لا تتناول الفوائد الحسية كاللبن بالنسبة إلى الحيوان، والثمر بالنسبة إلى الشجر، والأجرة بالنسبة إلى الأعيان التي تستأجر.

وقد أطلق بعض الفقهاء المنفعة على ما يعم الفوائد الحسية والعرضية، وهو تعريف لها بالمعنى اللغوي[٢].

وقيل: المنفعة: هي الفائدة غير العينية[٣].

وقيل: «المنفعة ما لا يمكن الإشارة إليه حساً، دون إضافة، يمكن استيفاؤه، غير جزءٍ مما أضيف إليه»[٤].

والمنفعة هذه يتملكها المنتفع إما بسبب الإجارة، أو الإعارة، أو الوصية بالمنفعة، أو الوقف[٥].

مقارنة بين حق الانتفاع[٦] وملك المنفعة:

....

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٣؛ وانظر: درر الحكام ١/ ١٠٠، م: ١٢٥.

(٢) انظر: المنثور للزركشي ٣/ ٢٣٠؛ ودرر الحكام ١/ ١٠٠، م: ١٢٥.

(٣) انظر: درر الحكام ١/ ١٠٠، م: ١٢٥؛ ومغني المحتاج ٣/ ٦٤؛ وحاشية قليوبي ٣/ ١٧١.

(٤) حدود ابن عرفة ٢/ ٥٢١، مع شرحه.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/ ٣٤٠؛ ودرر الحكام ١/ ١٠٠، م: ١٢٥؛ والمنثور في القواعد ٣/ ٢٣٠، ٢٣١؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٥٣٢؛ والقواعد لابن رجب، ص١٩٧ ـ ١٩٨ وما بعدها.

(٦) الانتفاع، مصدر: انتفع من النفع ضد الضر، وهو الخير، وهو ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه.

انظر: المصباح المنير، مادة: «نفع» ٢/ ٦١٨؛ والمعجم الوسيط، مادة: «نفع» ٢/ ٩٤٢.

ولا يخرج استعمال الفقهاء لهذا اللفظ عن هذا المعنى اللغوي؛ إذ إن كلّاً منهما يقصد به الوصول إلى المنفعة، فقد قال الزركشي في البحر المحيط ٦/ ١٥: «المراد بالنفع المُكنَةُ أو ما يكون وسيلةً إليها»، وقال محمد قدري باشا في مرشد الحيران، ص١٥، م: (١٣)، (القاهرة: دار الآفاق العربية، ط بدون، ١٤٢٤هـ) إن: «الانتفاع =



يفرق الفقهاء بين حق الانتفاع وملك المنفعة من ناحية المنشأ والمعنى والآثار، وخلاصة ما قيل في الفرق بينهما وجهان:

الأول: أن سبب حق الانتفاع أعم من سبب ملك المنفعة؛ لأنه كما يثبت ببعض العقود كالإجارة والإعارة مثلاً، كذلك يثبت بالإباحة الأصلية، كالانتفاع من الطرق العامة والمساجد ومواقع النسك، ويثبت أيضاً بالإذن من مالك خاص[١]، كما لو أباح شخص لآخر أكل طعام مملوك له، أو استعمال بعض ما يملك[٢].

أما المنفعة فلا تملك إلا بأسباب خاصةٍ، وهي الإجارة والإعارة والوصية بالمنفعة والوقف، على تفصيل وخلاف.

وعلى ذلك، فكل من يملك المنفعة يسوغ له الانتفاع، ولا عكس، فليس كل من له الانتفاع يملك المنفعة كما في الإباحة مثلاً[٣].

الثاني: أن الانتفاع المحض حق ضعيف بالنسبة لملك المنفعة؛ لأن صاحب المنفعة يملكها ويتصرف فيها تصرف الملاك في الحدود الشرعية، بخلاف حق الانتفاع المجرد؛ لأنه رخصة لا يتجاوز شخص المنتفع[٤].

وعلى هذا فمن ملك منفعة شيء يملك أن يتصرف فيه بنفسه، أو ينقلها

= الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها، وإن لم تكن رقبتها مملوكة».

(١) انظر: المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ص٤٤؛ والملكية في الشريعة الإسلامية د. العبادي ١/ ٢٩٠.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٥٥؛ وبلغة السالك ٢/ ٥٢٩؛ والبجيرمي على الخطيب ٣/ ٣٩١؛ والمغني ١٠/ ١٩٥.

(٣) انظر: شرح حدود ابن عرفة، لأبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ٢/ ٤٥٩، ت: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٣م)؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٥٣٢؛ وبدائع الفوائد لابن القيم ١/ ٣، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط بدون)؛ والملكية للعبادي ١/ ٢٨٤.

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٢/ ٤٥٩؛ والملكية للعبادي ١/ ٢٨٩؛ والفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٥/ ٤٩٣.



إلى غيره، ومن ملك الانتفاع بالشيء لا يملك أن ينقله إلى غيره. فالمنفعة أعم أثراً من الانتفاع.

يقول القرافي[١] رحمه الله: «تمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه، ويمكن غيره من الانتفاع بعوضٍ كالإجارة، وبغير عوض كالعارية.

مثال الأول: سكنى المدارس، والرباط، والمجالس في الجوامع، والمساجد، والأسواق، ومواضع النسك كالمطاف والمسعى ونحو ذلك، فله أن ينتفع بنفسه فقط، ولو حاول أن يؤاجر بيت المدرسة أو يسكن غيره أو يعاوض عليه بطريق من طرق المعاوضات امتنع ذلك، وكذلك بقية النظائر المذكورة معه.

وأما مالك المنفعة، فكمن استأجر داراً أو استعارها، فله أن يؤاجرها من غيره أو يسكنه بغير عوض، ويتصرف في هذه المنفعة تصرف الملاك في أملاكهم على جري العادة، على الوجه الذي ملكه»[٢].

ومثله ما ذكره ابن نجيم[٣] رحمه الله من الحنفية من أن الموصى له يملك

---

(١) هو: أحمد بن إدريس بن عبد الرحمٰن الصنهاجي الأصل، أبو العباس، شهاب الدين، المشهور بالقرافي، ولد سنة ٦٢٦هـ بمصر، كان إماماً بارعاً في الفقه والأصول والعلوم العقلية، له: الذخيرة في الفقه والفروق وشرح التنقيح وغيرها، توفي سنة (٦٨٤هـ).

انظر ترجمته في: الديباج المذهب ١/ ٢٣٦؛ والوافي بالوفيات لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي ٦/ ٢٣٣، باعتناء: س. ديدرينغ، (بيروت: دار صادر، ط بدون)؛ وشجرة النور الزكية، ص١٨٨.

(٢) الفروق ١/ ١٨٧، الفرق (٣٠)؛ وانظر: القواعد السنية في الأسرار الفقهية، لمحمد علي حسين المكي المالكي ١/ ١٩٣، مطبوع بهامش الفروق، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون)؛ وبدائع الفوائد لابن القيم ١/ ٣.

(٣) هو: زين الدين، وقيل: زين العابدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم، العلامة الحنفي، ولد بالقاهرة سنة (٩٢٦هـ)، ألَّف رسائل وصنف في حوادث ووقائع في فقه الحنفية، له: الأشباه والنظائر والبحر الرائق شرح كنز الدقائق وصل إلى آخر كتاب الإجارة وغيرها كثير، توفي سنة (٩٧٠هـ). =

المنفعة، ولا يؤجر وله حق الإعارة(١). والمستأجر يمكنه الإعارة والإجارة للغير فيما لا يختلف باختلاف المستعملين(٢).

ويملك المستعير والموقوف عليه السكنى: المنفعةَ، فيمكن لهما نقل المنفعة إلى شخص آخر بدون عوض، لكن الحنفية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥) لا يجيزون للمستعير أن يؤجر المستعار للآخرين، خلافاً للمالكية(٦).

وقريب من هذا أن يقال: إن حق الانتفاع يكون بالخدمات العامة والخاصة، في حين أن ملك المنفعة مقتصر على الخدمات الخاصة.

حقوق المنتفع:

تتلخص حقوق المنتفع في الآتي:

١ ـ حق الاستعمال: ويشمل حينئذٍ الشيء المنتفع به وتوابعه، كالأرض المنتفع بها مع حقوق الارتفاق.

٢ ـ حق الاستغلال: وهو الحصول على ثمار الشيء وغلته مدة انتفاعه به.

= انظر ترجمته في: شذرات الذهب ١٠/ ٥٢٣؛ والكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة للغزي ٣/ ١٥٤، ت: جبرائيل سليمان جبور، (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط٢، ١٩٧٩م)؛ والفوائد البهية للكنوي، ص١٣٤.

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢/ ٣٤٥؛ وتبيين الحقائق ٥/ ٨٥ ـ ٨٦؛ والبحر الرائق ٧/ ٢٨١.

(٢) وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة؛ انظر: تهذيب الفروق ١/ ١٩٢؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٣٣؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٥٠؛ وشرح منتهى الإرادات ٢/ ٣٦٧؛ والملكية للعبادي ١/ ٢٨٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/ ٨٨؛ والبحر الرائق ٧/ ٢٨١؛ وشرح المجلة لرستم باز ١/ ٢٨٦، م: ٤٢٨.

(٤) انظر: حاشية قليوبي ٣/ ١٧، ١٨؛ وحاشية الجمل ٣/ ٤٥٣؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٥٣٢.

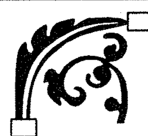
(٥) انظر: المغني ٧/ ٣٤٥؛ وكشاف القناع ٤/ ٧٠؛ وقواعد ابن رجب، ص١٩٧، ١٩٨؛ وبدائع الفوائد لابن القيم ١/ ٣.

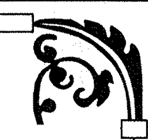
(٦) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ٤٣٣، ٤٣٤.

٣ ـ حق التصرف: فللمنتفع أن يتصرف في حقه بمقابل أو بدون مقابل، فله أن ينقل حقه إلى شخص آخر بالبيع أو التنازل، وله أن يؤجر العين محل الانتفاع[١].

(١) انظر: محاضرات في الحقوق العينية الأصلية، د. سعيد عبد الكريم مبارك، ص٢٧٥، (البصرة: دار الطباعة الحديثة، ط١، ١٩٦٩م ـ ١٩٧٠م).







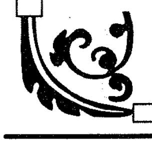
المبحث الأول

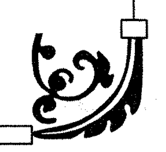
الامتياز بإحياء الموات بالتحجير والإقطاع

وتحته مطلبان:

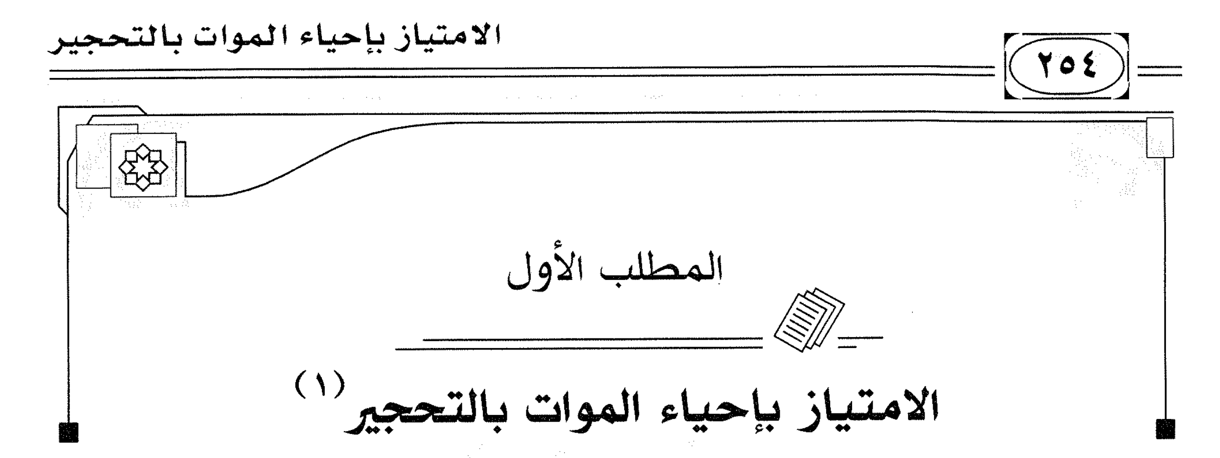
المطلب الأول: الامتياز بإحياء الموات بالتحجير.

المطلب الثاني: الامتياز بإحياء الموات بالإقطاع.









المطلب الأول

الامتياز بإحياء الموات بالتحجير(١)

الشخص المحتجر لا يملك الأرض بمجرد تحجيرها، وإنما يكون له امتياز وأولوية بها لسبق يده عليها، وقد جاء عن النبي ﷺ أنه قال: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له»(٢)، وفي لفظ: «فهو أحق به»(٣)، ولأن

---

(١) التحجر أو التحجير أو الاحتجار لغة: منع الغير من الإحياء بوضع علامة كحجر أو غيره على الجوانب الأربعة.

وفي الاصطلاح: حق يثبت لمن قام بوضع علامات في أرض موات ـ وهي الأرض الخراب الدارسة التي لا مالك لها ولا انتفاع بها ـ سواء بنصب أحجار أو غرْز أخشاب عليها أم جمع تراب على أركانها ونحو ذلك.

انظر: المصباح المنير، مادة: «حجر» ١/ ١٢٢؛ والقاموس المحيط، مادة: «حجر»، ص٤٧٦؛ وتبيين الحقائق ٦/ ٣٥، ٣٦؛ وتكملة فتح القدير ١٠/ ٧٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٨؛ والفتاوى الهندية ٥/ ٣٨٦؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٤٩؛ وشرح الخرشي ٧/ ٧١؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٦٩؛ وأسنى المطالب ٢/ ٤٤٧؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٠؛ وحاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٩١؛ والأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢١١؛ والمغني ٨/ ١٥١؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩١؛ والأموال لأبي عبيد، ص٢٩٨.

(٢) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: إقطاع الأرضين، برقم: ٣٠٧١؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: إحياء الموات، باب: من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له ٦/ ١٤٢، وكذا في كتاب آداب القاضي، باب: القاضي يقدم الناس الأول فالأول فللأول حق السبق والسبق أصل في الشريعة، ١٠/ ١٣٩. قال الحافظ في «التلخيص» ٣/ ٦٣، برقم: ١٢٩٥: «قال البغوي: لا أعلم بهذا الإسناد غير هذا الحديث؛ وصححه الضياء في المختارة».اهـ، وحسن إسناده في «الإصابة» ١/ ٣٩؛ وضعفه الألباني في «الإرواء»، برقم: ١٥٥٣؛ وانظر: فيض القدير شرح الجامع الصغير للمناوي ٦/ ١٤٨، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

(٣) رواه البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: إحياء الموات، باب: من أحيا أرضاً ميتة ليست لأحد ولا في حق أحد فهي له ٦/ ١٤٢.

تملك الأرض يكون بالإحياء والتعمير لا بمجرد التحجير[١].

والمحتجر يكون له امتياز لما قام بتحجيره من الأرض طيلة مدة ثلاث سنوات كما يراه الحنفية[٢] وبعض المالكية[٣]، ولذلك يمنع غيره أن يحيي ذلك الموضع حتى تمضي هذه المدة مصداقاً لقوله ﷺ: «عادي الأرض لله وللرسول ثم لكم من بعد، فمن أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٩٥؛ وتكملة فتح القدير ١٠/٧٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/٢٧٨؛ والمنتقى للباجي ٦/٣٠؛ وشرح الخرشي ٧/٧١؛ وحاشية الرهوني ٧/١٠٢؛ وأسنى المطالب ٢/٤٤٧؛ ونهاية المحتاج ٥/٣٤٠؛ والمغني ٨/١٥٢؛ وكشاف القناع ٤/١٩٣؛ وقواعد ابن رجب، ص١٩٨، ١٩٩.

(٢) انظر: مختصر الطحاوي، ص١٣٥؛ وبدائع الصنائع ٦/١٩٤؛ وتكملة شرح فتح القدير ١٠/٧٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/٢٧٨؛ والمنتقى للباجي ٦/٣٠؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/٩٤٩؛ وحاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل، لمحمد بن أحمد الرهوني ٧/١٠٢، ١١٤، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٣٩٨هـ).

(٣) انظر: المنتقى للباجي ٦/٣٠؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/٩٤٩؛ وحاشية الرهوني ٧/١٠٢، ١١٤.

(٤) رواه أبو عبيد في «الأموال»، كتاب: أحكام الأرضين في إقطاعها وإحيائها وحماها ومياهها، باب: الإقطاع، برقم: ٦٧٦؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: إحياء الموات، باب: لا يترك ذمي يحييه لأن رسول الله ﷺ جعلها لمن أحياها من المسلمين ٦/١٤٣؛ وضعفه بهذا اللفظ الألباني في «الإرواء»، برقم: ١٥٤٩، وقال عنه في «سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة»: منكر بهذا التمام، برقم: ٥٥٣؛ وانظر: التلخيص الحبير ٣/٦٢، برقم: ١٢٩٣.
والزيادة في الحديث: «وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»، انفرد بها أبو يوسف، قال في كتابه «الخراج»، ص٦٥: «حدثني ليث عن طاووس قال: قال رسول الله ﷺ: . . .» فذكر الحديث، ولكن أبا يوسف عزا هذا القول نفسه إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال في كتابه «الخراج»، ص٦٥: «حدثني محمد بن إسحاق عن الزهري عن سالم بن عبد الله أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال على المنبر: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين».
وقال أبو يوسف أيضاً: «حدثني الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: من أحيا أرضاً ميتة فهي له، وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين». =

ولذلك فإذا أهمل الشخص المحتجر الأرض مدةَ ثلاث سنوات ولم يحيها نزعت منه ودفعت إلى غيره؛ لأن الأرض رجعت إلى صفتها قبل التحجير؛ «ولأن الدفع إلى الأول كان ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر أو الخراج، فإذا لم تحصل يدفع إلى غيره تحصيلاً للمقصود»[١].

بينما ترك الشافعية[٢] والحنابلة[٣] تحديد المدة لاجتهاد الإمام على حسب العرف والعادة.

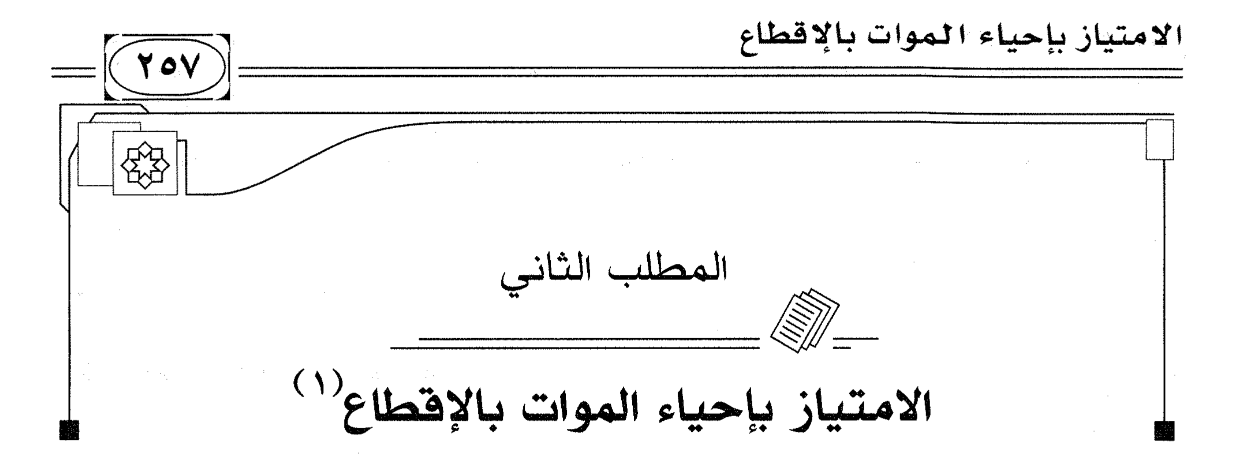
ولذلك فإذا طالت مدة التحجير، قال له الإمام: إما أن تحييه أو تتركه ليحييه غيرك؛ لتضييقه على الناس في حق مشترك بينهم، فمنع منه، «كما لو وقف في طريقٍ ضيقٍ أو مشرعة ماء أو معدنٍ لا ينتفع به، ولا يدع غيره ينتفع»[٤]، فإن سأل الإمهال وأبدى عذراً أمهل مدةً قريبةً بحسب رأي الإمام واجتهاده، رفقاً به ودفعاً لضرر غيره، فإن مضت ولم يفعل شيئاً بطل حقه.

وأما إذا لم يذكر عذراً نزعها منه الإمام وعادت الأرض مواتاً كما كانت[٥]؛ «لأن المدة ضربت له لينقطع حقه بمضيها»[٦].

= ولقد روى ذلك عن عمر رضي الله عنه أيضاً أبو عبيد في كتابه «الأموال»، ص٣٠٢؛ وانظر: نصب الراية للزيلعي.
٤/ ٢٩٠، حيث ورد فيه: «أن الحسن بن عمارة ضعيف، وسعيد عن عمر، فيه كلام».
ومما قاله أبو يوسف نفسه، ومما ذكره أبو عبيد، كل هذا يرجح أنه من قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه.
انظر: تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٧٢؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٨؛ والمغني ٨/ ١٥٣.

(١) تكملة شرح فتح القدير ١٠/ ٧٢؛ وانظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٤؛ وحاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٨؛ واللباب في شرح الكتاب ٢/ ٢٢٠.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٦٧، أسنى المطالب ٢/ ٤٤٧؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤١.
(٣) انظر: المغني ٨/ ١٥٣؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٣.
(٤) المغني ٨/ ١٥٣؛ وانظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩١؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٦٧.
(٥) انظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٠؛ وأسنى المطالب ٢/ ٤٤٧؛ وحاشية عميرة وقليوبي ٣/ ٩٢؛ والمغني ٨/ ١٥٣؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٣.
(٦) المغني ٨/ ١٥٣.





المطلب الثاني

الامتياز بإحياء الموات بالإقطاع(١)

تكلم الفقهاء عن إقطاع السلطان وبينوا أحكامه وأنواعه، وما يصح إقطاعه وما لا يصح، وذكروا أن أنواعه ثلاثة: إقطاع تمليك، وإقطاع استغلال، وإقطاع إرفاق(٢)، وسأعرض لهذه الأنواع بإيجاز مبيناً ما له صلة بالامتياز بإحياء الأرض الإقطاعية.

القسم الأول: إقطاع التمليك:

ويشتمل على أنواع:

أولاً: إقطاع الموات وأنواعه:

أ ـ إقطاع الموات الذي لم يعمر ولم يملك وهو ما لم يزل مواتاً على قديم الدهر، وهذا للإمام أن يقطعه لمن يحييه ويعمره، ويكون للمقطَع امتياز بما أقطعه الإمام.

ب ـ إقطاع ما فيه أثر عمارة جاهلية وصار بطول الخراب مواتاً عاطلاً، وذلك نوعان:

أحدهما: ما كان عليه آثار عمارة جاهلية وبَعُد زمانه، فحكمه حكم الموات فللإمام إقطاعه إقطاع تمليك.

---

(١) تقدم تعريف الإقطاع في ص٦٦.

(٢) انظر: شرح حدود ابن عرفة ٢/٥٣٨؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٣٩؛ ومغني المحتاج ٢/٣٦٧؛ وكشاف القناع ٤/١٩٥؛ وتحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام لابن جماعة، ص١٠٧، ت: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، (قطر: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤٠٧هـ)؛ ودليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، لبيت التمويل الكويتي، ص٤١ ـ ٤٢، (الكويت: مطابع دار الصفوة، ط١، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م).

الثاني: ما كان إسلامياً جرى عليه ملك المسلمين ثم خرب حتى صار مواتاً عاطلاً، فإن عرف مالكه فهو له ولورثته، ولا يجوز إقطاعه. فإن تعذر معرفة مالكه جاز للإمام أن يمنح إقطاعه امتيازاً لمن يراه من المسلمين[١].

ثانياً: إقطاع العامر وأنواعه:

أ ـ عامر دار الحرب، فإن كانت الأرض في دار الحرب التي لا يثبت للمسلمين عليها يد فأراد الإمام أن يقطعها ليملكها المقطع عند الظفر بها جاز[٢].

ب ـ عامر لم يتعين مالكه ولم يتميز مستحقه، ومنه ما اصطفاه الإمام لبيت المال من فتوح البلاد إما بحق الخمس أو باستطابة نفوس الغانمين عنه، ومنه ما مات عنه أربابه ولم يستحقه وارث بفرض ولا تعصيب، فينتقل إلى بيت المال وفي جواز منح امتياز إقطاعه **اختلاف على قولين**:

القول الأول: لا يجوز منح امتياز إقطاعه، وبه قال المالكية[٣] والشافعية[٤] وهو قول عند الحنابلة[٥]؛ لأنه صار ملكاً للمسلمين كافة فهو وقف، ومنح امتياز إقطاع الوقف لا يجوز[٦].

القول الثاني: جواز منح امتياز الإقطاع إذا كان هذا الامتياز يحقق

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٥/٣٨٦؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤/٦٨؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٠؛ والأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٢٨؛ والمغني ٨/١٤٦، ١٤٧.

(٢) انظر: الخراج لأبي يوسف، ص٦٠؛ والأم ٤/٤٦؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤١؛ وتحرير الأحكام لابن جماعة، ص١٠٩؛ والأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٢٩.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/٦٨.

(٤) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٢، ٢٤٣؛ ومغني المحتاج ٢/٣٦٨.

(٥) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٢؛ والاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب، ص٣٤٦، ت: محمد إبراهيم الناصر، (جدة: دار الأصفهاني، ط١، ١٤١٢هـ).

(٦) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٢.

المصلحة، وبه قال أبو يوسف من الحنفية[(١)] وهو قول عند الحنابلة[(٢)]؛ وذلك: لأن عثمان ﷺ أقطع بعض الصحابة من أرض تابعة لبيت المال. وقد كانت أراضٍ عامرة اصطفيت، وجعلت لبيت المال[(٣)].

□ الترجيح:

يبدو لي ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثاني؛ إذ إن أصحاب هذا القول علقوا جواز منح امتياز إقطاعه بتحقق المصلحة[(٤)]، والإمام يتصرف في مصالح المسلمين بما يراه محققاً للمصلحة العامة[(٥)]، ولا شك أن منح امتياز تلك الأراضي لمن يمتلكها ويستغلها هو إعمار لأراضي المسلمين، ويعود بالفائدة على من أُقْطِعها ومُنح امتيازها وعلى سائر المسلمين. والله أعلم

القسم الثاني: إقطاع الاستغلال:

وهو بمعنى «إقطاع منفعة الأرض لمن يستغلها، إن شاء أن يزرعها، وإن شاء أن يؤجرها، وإن شاء أن يزارع عليها»[(٦)].

---

(١) انظر: الخراج لأبي يوسف، ص٦٠ ـ ٦١؛ وحاشية ابن عابدين ٤/ ١٩٤.
(٢) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٢؛ والاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب، ص٣٤٦.
(٣) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٤٢؛ والاستخراج لأحكام الخراج لابن رجب، ص٣٤٥.
والأثر رواه عبد الرزاق في «المصنف»، كتاب: البيوع، باب: المزارعة على الثلث والربع ٨/ ٩٩، برقم: ١٤٤٧٠؛ والطحاوي في «شرح معاني الآثار»، كتاب: المزارعة والمساقاة. ٤/ ١١٤؛ وانظر: فتح الباري لابن حجر ٦/ ٢٣٥؛ وعمدة القاري شرح صحيح البخاري للعيني ١٠/ ١٦٧، (القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، ط١، ١٣٩٢هـ).
(٤) انظر: الخراج لأبي يوسف، ص٦٠، ٦١.
(٥) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/ ١٢٣؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص٢٣٣؛ والمدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا، ص١٦٦، ١٦٨؛ والمجلة العدلية، م: ٥٨.
(٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠/ ١٢٨؛ وانظر: تحرير الأحكام لابن جماعة، ص١١٠؛ والملكية للعبادي ١/ ٣٢٧.

وإقطاع الاستغلال: يقع على الأراضي التي يصطفيها الإمام لبيت المال من فتوح البلاد، وقد يقع على الأراضي الخراجية[(١)].

يقول الماوردي رحمه الله[(٢)]: «فهذا النوع من العامر لا يجوز إقطاع رقبته؛ لأنه قد صار باصطفائه لبيت المال ملكاً لكافة المسلمين فجرى على رقبته حكم الوقوف المؤبدة، وصار استغلاله هو المال الموضوع في حقوقه، والسلطان فيه بالخيار على وجه النظر في الأصلح بين أن يستغله لبيت المال، كما فعل عمر، وبين أن يتخير له من ذوي المكنة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج يوضع عليه مقدر بوفور الاستغلال ونقصه، كما فعل عثمان، ويكون الخراج أجرة تصرف في وجوه المصالح....»[(٣)].

إذن فقد جرى العمل على هذا في صدر الإسلام، فقد فعله الصحابة الكرام رضي الله عنهم، ولم يزل مشهوراً بين المسلمين دون إنكار[(٤)].

وأما إذا كانت الأرض خراجية، فإنه يجوز للإمام أن يقطع شيئاً منها لبعض الأجناد بقدر كفايتهم وحاجتهم استغلالاً لها؛ لأنهم حبسوا أنفسهم في سبيل الله[(٥)].

ويتصور امتياز إقطاع الاستغلال في إقطاع الإمام للأراضي التابعة لبيت المال لمن يستغلها دون تمليك رقبتها.

---

(١) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٤.

(٢) هو: علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي، أبو الحسن، ولد بالبصرة سنة (٣٦٤هـ)، كان إماماً في الفقه والأصول والتفسير، بصيراً بالعربية، ولي قضاء بلاد كثيرة، له التصانيف الماتعة، منها: الحاوي، والأحكام السلطانية، وغيرها، توفي سنة (٤٥٠هـ).
انظر ترجمته في: تاريخ بغداد ١٢/ ١٠٢؛ ووفيات الأعيان ٣/ ٢٨٢؛ وطبقات الشافعية الكبرى للسبكي ٥/ ٢٦٧.

(٣) الأحكام السلطانية، ص٢٤٢؛ وانظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣١.

(٤) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٢؛ وتحرير الأحكام لابن جماعة، ص١١٠.

(٥) انظر: الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٤؛ وتحرير الأحكام لابن جماعة، ص١١٠؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٥.



القسم الثالث: إقطاع الإرفاق:

وإقطاع الإرفاق يشمل ما يأتي:

أولاً: إقطاع المعادن:

وهي على نوعين:

النوع الأول: المعادن الباطنة:

وهي ما كان جوهرها مستكناً فيها لا يوصل إليها إلا بالعمل والمؤنة كمعادن الذهب والفضة والصفر والحديد ونحوها[(١)].

فهذه المعادن الباطنة اختلف الفقهاء في منح إقطاعها امتيازاً، ويمكن أن يُتلخص من كلامهم ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز إعطاء الامتياز في إقطاع المعادن الباطنة، وهو إقطاع تمليك، وهو قول الحنفية[(٢)] وأحد القولين عند كل من الشافعية[(٣)] والحنابلة[(٤)] وهو قول الظاهرية[(٥)] وصححه ابن قدامة[(٦)].

القول الثاني: لا يجوز إعطاء الامتياز في إقطاع المعادن الباطنة تمليكاً وإنما يجوز إقطاع إرفاق كمقاعد السوق، وهو القول الأظهر عند الشافعية[(٧)]

---

(١) انظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩١؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٠، ٣٠٢؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ٢٢٤؛ والمغني ٨/ ١٥٦؛ والكافي لابن قدامة ٣/ ٥٥٦، ٥٥٧؛ والمبدع ٥/ ٢٥٢.

(٢) انظر: الخراج لأبي يوسف، ص٧٠؛ وبدائع الصنائع ٦/ ١٩٤؛ وتبيين الحقائق ١/ ٢٨٩؛ وحاشية ابن عابدين ٢/ ٤٥، ٤٦.

(٣) انظر: الأم ٤/ ٤٣؛ والحاوي الكبير ٧/ ٤٩٧؛ والأحكام السلطانية، ص٢٤٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٢.

(٤) انظر: المغني ٨/ ١٥٧؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٦/ ٩٥؛ والمبدع ٥/ ٢٥٢؛ والإنصاف ٦/ ٣٦٢.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٨/ ٢٣٨، م: ١٣٥٠.

(٦) انظر: المغني ٨/ ١٥٧.

(٧) انظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٧، الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٨؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٢؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٣.

ومقتضى قول الأصحاب من الحنابلة(١).

القول الثالث: يعود الأمر في منح الامتياز في هذه المعادن إلى نظر ولي الأمر، فهو الذي يمنح الامتياز للناس بحسب المصلحة العامة لهم، ويكون الإقطاع هنا إقطاع انتفاع لا إقطاع تمليك، وهذا مذهب المالكية(٢)، وإليه ذهب بعض المعاصرين ممن كتب في الاقتصاد الإسلامي(٣).

* الأدلة والمناقشة:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١ ـ ما رواه كثير بن عبد الله المزني(٤) عن أبيه عن جده: أن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المزني(٥) معادن القَبَلية(٦) ....

---

(١) انظر: المغني ٨/ ١٥٦؛ والمبدع ٥/ ٢٥٢؛ والإنصاف ٦/ ٣٦٢؛ وكشاف القناع ٤/ ١٨٨.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات ١/ ٢٩٩؛ والقوانين الفقهية، ص٧٠؛ والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ١/ ٤٨٦؛ وجواهر الإكليل ١/ ١٣٦.

(٣) انظر: مقومات الاقتصاد الإسلامي لعبد السميع المصري، ص٦٨، ٦٩، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط٣، ١٤٠٣هـ)؛ والنظام الاقتصادي في الإسلام لأحمد العسال وَفتحي أحمد، ص٦٧، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط بدون)؛ ونظام الإسلام ـ الاقتصاد، مبادئ وقواعد عامة لمحمد المبارك، ص١٠٣، (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٤هـ)؛ وأحكام الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي، د. محمد المدخلي، ص١٢٤، (الرياض: مكتبة الرشد، ط بدون).

(٤) هو: كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني المدني، روى عن أبيه ومحمد بن كعب القرظي وغيرهما. قال ابن معين: ليس بشيء، وضرب أحمد بن حنبل على حديثه، وقال ابن حجر عنه: ضعيف، من السابعة، منهم من نسبه إلى الكذب.
انظر ترجمته في: تهذيب الكمال ٢٤/ ١٣٦؛ وميزان الاعتدال ٤/ ٣٢٦؛ وتهذيب التهذيب ٤/ ٥٨٦.

(٥) هو: بلال بن الحارث بن عُصْم بن سعيد بن قُرَّة المزني أبو عبد الرحمٰن، من أهل المدينة، كان صاحب لواء مزينة يوم الفتح، توفي سنة (٦٠هـ) في آخر أيام معاوية، وعمره ثمانون سنة.
انظر ترجمته في: الاستيعاب ١/ ٢٦١؛ وأسد الغابة ١/ ٤١٣؛ والإصابة ١/ ١٧٠.

(٦) القَبَلية بوزن ذهبية: هي ناحيةٌ من ساحل البحر بينها وبين المدينة خمسة أيام، وقيل: من نواحي الفرع.

جَلْسِيِّها[١] وغَوْرِيِّها[٢]، وحيث يصلح الزرع من قُدْس[٣]، ولم يعطه حق مسلم[٤].

وجه الاستدلال:

إن الحديث صريح في منح امتياز الإقطاع من معادن القَبَلية، ويظهر من

= انظر: مجمع بحار الأنوار ٤/ ٢٠٠؛ وبلوغ الأماني ١٥/ ١٣٨؛ والمعالم الأثيرة في السنة والسيرة، د. محمد محمد حسن شُرَّاب، ص٢٢٢، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١١هـ).

(١) الجَلْس: كل مرتفع من الأرض، ويقال لنجد جَلْس أيضاً.
انظر: معالم السنن ٤/ ٢٥٩؛ والنهاية في غريب الحديث والأثر ١/ ٢٨٦؛ ومجمع بحار الأنوار ١/ ٣٧٤؛ وبلوغ الأماني ١٥/ ١٣٨؛ والحاوي الكبير ٧/ ٤٩٧؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٨.

(٢) الغور: ما انخفض من الأرض، يريد: أنه أقطعه وهادها ورباها.
انظر: معالم السنن ٤/ ٢٥٩؛ ومجمع بحار الأنوار ٤/ ٧٣؛ وبلوغ الأماني ١٥/ ١٣٨؛ والحاوي الكبير ٧/ ٤٩٧؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٤٩٧.

(٣) قُدْس: جبل معروف بنجد، وقيل: هو الموضع المرتفع الذي يصلح للزراعة. قال حمد الجاسر: «وليس قدس بنجد، بل في سلسلة جبال الحجاز، وجَبَلا القُدْسين (الأبيض والأسود)، يعرفان عند العامة باسم (إدْقِس)، سلسلة من جبال الحجاز، تدعى اليوم جبال عوفٍ، نسبةً إلى سكانها من حرب (وتقع بقرب خط الطول: ٢٢/ ٣٩ وخط العرض: ٣٤/ ٣٢).
انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٢٤؛ ومجمع بحار الأنوار ٤/ ٢٢٥؛ وبلوغ الأماني ١٥/ ١٣٨، ١٣٩؛ وكتاب الأمكنة والمياه والجبال والآثار ونحوها المذكورة في الأخبار والأشعار، لأبي الفتح نصر الإسكندري ٢/ ٣٤٨، أعده للنشر: حمد الجاسر، (الرياض: مركز الملك فيصل، ط١، ١٤٢٥هـ).

(٤) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ١/ ٣٠٦؛ وأبو داود في «سننه»، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: إقطاع الأرضين، برقم: ٣٠٦٢ و٣٠٦٣؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: إحياء الموات، باب: كتابة القطائع ٦/ ١٤٥، وفي إسناد هذا الحديث: كثير بن عبد الله، قال عنه ابن عبد البر في التمهيد ٣/ ٢٣٧: «مجتمع على ضعفه، لا يحتج بمثله»، وقال عنه ابن حجر، في التهذيب ٤/ ٥٨٦، «ضعيف، منهم من نسبه إلى الكذب»؛ انظر: معالم السنن ٤/ ٢٦٠، بلوغ الأماني ١٥/ ١٣٩.
وحسنه الألباني في «صحيح سنن أبي داود»، برقم: ٢٦٣٢ وَ ٢٦٣٣، وكذا في «الإرواء» ٣/ ٣١٣.

عدم تسميتها أنها معادن باطنة؛ إذ لو كانت ظاهرة لسمَّاها كما سمى ملح مأرب[١].

وأجيب عن الاستدلال بهذا الحديث:

بأن فيه كثير بن عبد الله، وهو ضعيف، لا يحتج بمثله[٢].

واستدل أصحاب القول الثاني:

بأن المعادن الباطنة لا تملك بالإحياء، فلم يجز إقطاعها[٣].

وأجيب عن هذا:

بأن ملكية المعادن الباطنة بالإحياء مسألة خلافية[٤]، والمسائل الخلافية لا يستدل ببعضها على بعض.

واستدل أصحاب القول الثالث بما يأتي:

١ ـ قياس هذه المعادن الباطنة على المعادن الظاهرة، فكما أن المعادن الظاهرة لا تملك بالإحياء، فكذلك المعادن الباطنة لا تملك بالإحياء، بجامع

---

(١) مأرِب: بكسر الراء مدينة باليمن كانت بها بلقيس، من أعظم مُدُنِهِ شهرة وتاريخاً، وهي عامرة مأهولة. ومأرب لا يزال معروفاً مشاهداً، وفيه مدينة صغيرة تقع شرق مدينة صنعاء بنحو مائة وخمسة وثمانين كيلاً، ويطلق اسم مأرب الآن على لواء في تلك الجهة فيه نحو إحدى عشرة قرية.
انظر: معجم البلدان ٥/ ٤١؛ والنهاية في غريب الحديث والأثر ٤/ ٢٨٨؛ ومجمع بحار الأنوار ٥/ ٣٠٣، وكتاب الأمكنة والمياه والجبال والآثار ونحوها المذكورة في الأخبار والأشعار، لأبي الفتح نصر الإسكندري ٢/ ٤٥١، وتعليق الشيخ حمد الجاسر عليه.
وملح مأرب أقطعه النبي ﷺ لأبيض بن حمال، وقد رواه أبو داود في «سننه»، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: إقطاع الأرضين، برقم: ٣٠٦٤؛ والترمذي في «سننه»، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في القطائع، برقم: ١٣٨٠؛ وأبو عبيد في «الأموال»، كتاب: أحكام الأرضين في إقطاعها وإحيائها وحماها ومياهها، باب: الإقطاع، برقم: ٦٨٥؛ وحسنه الألباني في «صحيح سنن أبي داود»، برقم: ٢٦٣٤.
(٢) انظر: تخريج الحديث في ح: (٤) في ص٢٦٣.
(٣) انظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٨؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٢؛ والمغني ٨/ ١٥٦، ١٥٧.
(٤) انظر: المغني ٨/ ١٥٦، ١٥٧.





حاجة الناس الماسة إليهما، وتعلق المصلحة العامة بهما[١].

٢ ـ عدم تكافؤ الثمرة الناتجة عن الإقطاع من العمل الذي يقوم به المقطَع له، مما ينتج عنه الثراء الفاحش بالنسبة للمقطع له، في مقابل احتكار هذه المعادن، وحرمان بقية أفراد الأمة منها[٢]، فكان لا بد من نظر الإمام في منح امتياز إقطاعها، بناء على أن المصلحة العامة للمسلمين، إذ إن «تصرف الإمام في الرعية منوط بالمصلحة»[٣].

□ الترجيح:

يبدو لي ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثالث، القائل بأن الأمر في منح الامتياز في المعادن الباطنة يعود إلى نظر ولي الأمر، فهو الذي يمنح الامتياز للناس بحسب المصلحة العامة لهم؛ وذلك لوجاهة أدلته؛ ولأن القول بالمنع مطلقاً فيه نوع تضييق على الناس، وربما لا تقدر بعض الدول أو الجهات الرسمية على استغلال الموارد المعدنية الباطنة، فيكون في منح امتياز الإقطاع بإذن الإمام حل لمثل هذا الأمر.

وكذلك فإن القول بجواز منح امتياز الإقطاع لهذه المعادن إقطاع تمليك فيه نظر؛ لأن فيه امتيازاً لطائفة من الناس بهذه المعادن الثمينة، واستغلالاً لحاجة الناس إليها، وإضراراً بالمجتمع، وثراءً فاحشاً، وتمييزاً للطبقية التي يرفضها الإسلام[٤]، والإسلام يحرص على العدل بين أفراد المجتمع، ففي القول الثالث توسط بين القولين الأول والثاني، لا سيما في هذا العصر الذي ظهرت فيه أهمية المعادن المستخرجة من باطن الأرض، إذ كان اختلاف

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/ ٤٦١؛ والنظام الاقتصادي في الإسلام، ص٦٧.
(٢) انظر: مقومات الاقتصاد في الإسلام، ص٦٩؛ ودراسة اقتصادية للإقطاع في الإسلام لمحمد بن علي الغامدي، ص٥٠، رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ مقدمة لقسم الاقتصاد الإسلامي بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، عام: ١٤١١هـ.
(٣) انظر: ص٢٥٩.
(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٧.



الفقهاء فيما مضى على أساس ما كان يجد الناس من كميات قليلة محدودة من هذه المعادن.

أما بعد اكتشاف المناجم الكبيرة بالآلات، والخبرة الفنية، سواء كانت المعادن جامدة أم سائلة، فينبغي أن نقيسها على حادثة الملح الواردة في الحديث[(١)] ونجعلها للمسلمين جميعاً[(٢)]، لذا كان لزاماً أن يناط الأمر بإمام المسلمين، ليتصرف في منح امتياز الإقطاع المنتفع به بما يراه محققاً للمصلحة العامة. والله أعلم.

النوع الثاني: المعادن الظاهرة:

وهي التي ما كان جوهرها المودع فيها بارزاً، ويتوصل إلى ما فيها من غير مؤونة، وينتابها الناس وينتفعون بها كالملح والماء والكبريت والياقوت وأشباه ذلك[(٣)]، فهذه المعادن لا تملك بالإحياء، ولا يجوز للإمام إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم، فلو ملكه أحد لضيق على الناس، فإن أخذ العوض عنه أغلاه، فخرج عن الموضع الذي وضعه الله من تعميم ذوي الحوائج من غير كلفة[(٤)]، «ولأن هذا تتعلق به مصالح المسلمين العامة، فلم يجز إحياؤه ولا إقطاعه كمشارع الماء وطرقات المسلمين»[(٥)]، فكل الناس فيه سواء يأخذه من ورد إليه[(٦)]، وهذا

---

(١) انظر: تخريج الحديث في ص٢٦٤.

(٢) انظر: نظام الإسلام ـ الاقتصاد، مبادئ وقواعد عامة ـ لمحمد المبارك، ص١٠٤؛ وأحكام الملكية للمدخلي، ص١٢٥.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٠١؛ ونهاية المحتاج ٥/٣٤٩؛ والكافي لابن قدامة ٣/ ٥٥٦.

(٤) انظر: المغني ٨/ ١٥٥، ١٥٦.

(٥) المغني ٨/١٥٦؛ وانظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٤؛ والحاوي الكبير ٧/ ٤٩١؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ٢٢٢، ٢٢٣؛ ومعالم السنن ٤/ ٢٦٠.

(٦) انظر: المغني ٨/ ١٥٤، ١٥٥؛ والكافي لابن قدامة ٣/٥٥٧؛ وكشاف القناع ٤/ ١٨٨.

عند جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣] والظاهرية[٤].

أما المالكية[٥] فإنهم لا يفرقون بين الظاهرة والباطنة، ويقولون: إن أمر المعادن متروك للإمام سواء كانت الأرض مملوكة أم غير مملوكة، فله أن يقطعها لمن يشاء ليعمل فيها على سبيل الإجارة سواء كانت مدة حياة المقطَع أم أي مدة محددة من الزمن، وذلك من غير أن يملك أصلها[٦]، سواء كان على جزء من الخارج منها[٧] أم على أجرة معلومة. والأجرة هنا يأخذها الإمام من العامل في نظير أخذ العامل ما يخرج من المعدن بشرط كون العمل مضبوطاً بزمن أو عمل خاص كحفر قامة أو قامتين نفياً للجهالة في الإجارة[٨].

وبناء على قول المالكية هذا: فإذا كانت مدة الإقطاع مقيدة بحياة

(١) انظر: مختصر الطحاوي، ص١٣٥؛ وبدائع الصنائع ٦/ ١٩٤؛ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٧٨.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩١؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠١؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٩.

(٣) انظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٣٥، ٢٣٦؛ والمغني ٨/ ١٥٤، ١٥٥؛ والكافي ٣/ ٥٥٦، ٥٦٠؛ والمبدع ٥/ ٢٥٢؛ وكشاف القناع ٤/ ١٨٨.

(٤) انظر: المحلى ٨/ ٢٣٣، م: ١٣٤٨.

(٥) انظر: المقدمات الممهدات ١/ ٢٢٩؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٥٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٦، ٤٨٧.

(٦) وهذا قول ابن القاسم. وقد فرَّق سحنون بين الأرض المملوكة وغير المملوكة، فقال: إذا كانت الأرض مملوكة فهي ملك لصاحب الأرض يعمل فيها ما يعمل ذو الملك في ملكه، وإن كانت غير مملوكة كان أمرها للإمام يقطعها لمن يعمل فيها.
انظر: المقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٧.

(٧) وهذا قول ابن القاسم في أصل الأسدية، واختيار الفضل بن سلمة. ويرى أصبغ أنه لا تجوز الإجارة في حالة إقطاع الإمام المعدن ببعض الخارج منه؛ لأن في ذلك غرراً، وهو اختيار محمد بن المواز وقول أكثر أصحاب الإمام مالك.
انظر: المقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٥٥.

(٨) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٨؛ وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٢٣٠.



المقطع، فإن حقه في الانتفاع ينتهي بوفاته، وكذلك إذا كان محدداً بزمن معين ومات المقطع في أثنائه، فلا يحل ورثته محله، فينتهي الإقطاع بوفاته؛ لأن الإمام أقطعه له انتفاعاً لا تمليكاً، ولذلك يسقط بوفاته ولا يورث؛ لأن ما لا يملك لا يورث(١).

وهذا الإقطاع شبيه بعقود الامتياز التي تمنحها بعض الدول لبعض الشركات وبعض الأفراد في العصر الحديث(٢).

ثانياً: ويشمل **إقطاع الإرفاق**، إقطاع الطرق الواسعة والشوارع، ومقاعد السوق التي ليست ملكاً لأحد، ورحاب المساجد، فللإمام إقطاعها ومنحها امتيازاً لمن يجلس فيها(٣).

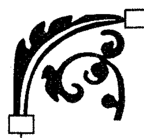
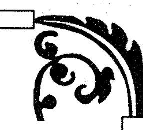
---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٧.

(٢) من أمثلة إقطاع الإجارة:
أن عمر ـ اصطفى أموال كسرى وأهل بيته من أرض السواد، فكان مبلغ غلتها تسعة آلاف ألف درهم، كان يصرفها في مصالح المسلمين، ولم يقطع شيئاً منها، ثم إن عثمان ـ أقطعها؛ لأنه رأى إقطاعها أوفر لغلتها من تعطيلها، وشرط على من أقطعها إياه أن يأخذ منه حق الفيء، فكان ذلك منه إقطاع إجارة لا إقطاع تمليك، فتوفرت غلتها حتى بلغت على ما قيل: خمسين ألف ألف درهم.
انظر: الأموال لأبي عبيد، ص٢٩٥، ٢٩٦؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٤٢.
فنلحظ أن عمر ﷺ جعل أموال كسرى وأهل بيته لبيت المال، وجعل إدارتها للدولة، فكان الخارج من الأرض يصرف في مصالح المسلمين، ثم رأى عثمان ﷺ إقطاعها إقطاع إجارة، ويأخذ منها قدراً مشروطاً، فزادت غلتها، وكل ذلك من مراعاة المصلحة.
وسيأتي الكلام عن عقود الامتياز في مبحث مستقل ـ إن شاء الله ـ، انظر: ص٣٤٢ وما بعدها.

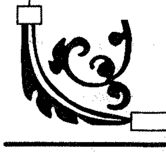
(٣) سيأتي بيان ذلك في مبحث مستقل، انظر: ص٢٧٤.

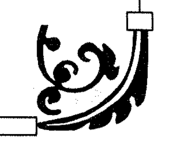


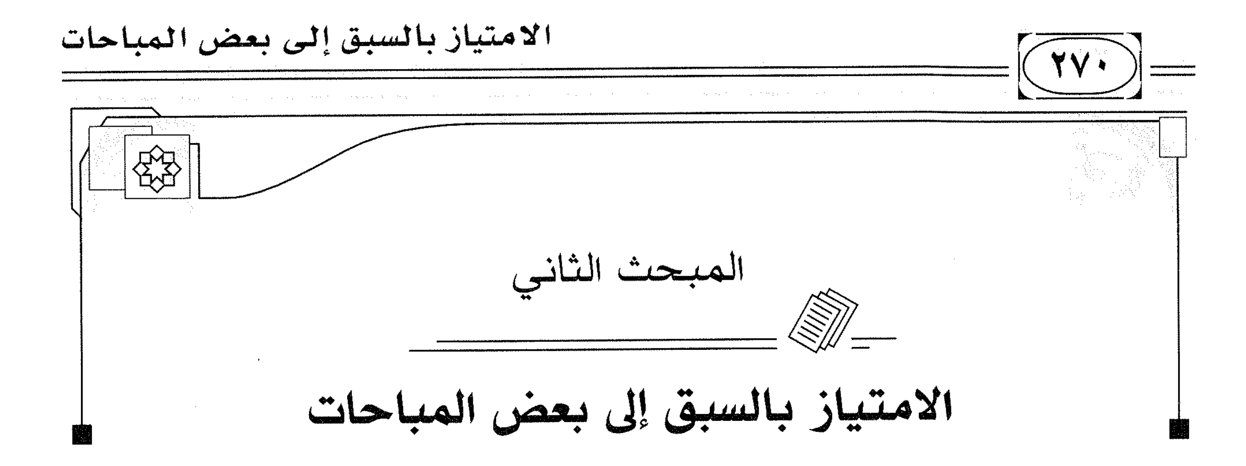
المبحث الثاني

الامتياز بالسبق إلى بعض المباحات









المبحث الثاني

الامتياز بالسبق إلى بعض المباحات

هذا الامتياز له حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الامتياز من الإمام:

ويقصد به: أن يقوم الإمام بإعطاء أحد الأفراد مكاناً في المرافق العامة، كالشوارع والطرقات؛ لينتفع به فترة من الزمن بدون تملك، بشرط ألا يضر بأحد[١]؛ «لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه فضلاً عما فيه مضرة»[٢].

وقيل: هو: «إقطاع الجلوس في الطريق الواسعة»[٣]، «ليصير المقطع له أولى من غيره بالجلوس فيما خصص له»[٤].

والارتفاق في مثل هذه الأماكن يكون غالباً بمزاولة البيع والشراء، بفتح محلات تجارية ونحوها، بشرط عدم الإضرار بالآخرين.

فهذه المباحات وغيرها للإمام منحها امتيازاً لمن يجلس فيها، ولا يملكها الممنوح له بذلك، بل يكون له امتياز بالجلوس فيها على غيره بمنزلة السابق إليها من غير امتياز[٥].

«وإذا جرى العرف بمنع السبق ـ إلى دكاكين السوق ـ إلا بإذن السلطان لتنظيم صفوفهم وحصرهم فيما لا يخل بحرمة الطريق ومخاطر الآلات المستحدثة

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ٥/٣٤٣، المغني ٨/١٦٢؛ والكافي، لابن قدامة ٣/٥٥٨؛ والمبدع ٥/٢٥٩.

(٢) المبدع ٥/٢٥٩.

(٣) كشاف القناع ٤/١٩٦.

(٤) الملكية، لعلي الخفيف، ص٣٢٣.

(٥) انظر: المغني ٨/١٦٢؛ والكافي لابن قدامة ٣/٥٥٩؛ والمبدع ٥/٢٥٩؛ وكشاف القناع ٤/١٩٦.

للركوب كالمترو. . . والسيارات العام منها والخاص، وللسلطان أن يقيد المطلق أحياناً إذا اقتضت ذلك مصلحة أرجح من الإطلاق، وجميع المدن المتحضرة في العالم اليوم لا تسمح إشغال الطريق إلا في حدود المترو ونحوه، وبترخيص يصدر من وزارة الإسكان والمرافق. ولو تركت الطرقات هكذا لكل من يريد أن ينصب فيها تابوتاً لبضاعته في عرض الطريق لضاقت الطرقات والشوارع على المارة والمجتازين، وربما ادعى أحدهم ملكية المكان الذي يشغله. . .»(١).

ومن التنظيم الذي يقوم به ولي الأمر عادة منح التراخيص. فالترخيص أحد وسائل منح الامتياز.

الحال الثانية: أن يكون الامتياز من غير الإمام، بل بالسبق إلى المباح:

فيكون السابق أحق به، «مثل: الحشيش والحطب والثمار المأخوذة من الجبال، وما ينبذه الناس رغبة عنه، أو يضيع منهم مما لا تتبعه النفس. . . . وسائر المباحات، من سبق إلى شيء من هذا فهو أحق به - وله امتياز به - ولا يحتاج إلى إذن الإمام، ولا إذن غيره، لقوله ﷺ: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به»(٢).

فإذا نقل متاعه عنه، فلغيره الجلوس فيه؛ لأن استحقاقه له بسبقه إليه، ومقامه فيه، فإذا انتقل عنه زال استحقاقه، لزوال المعنى الذي استحق به، ويملكه الآخذ(٣).

وهذا بخلاف النوع الأول الذي يكون من الإمام، فلا يزول حق الممنوح بنقل متاعه، ولا لغيره الجلوس فيه(٤).

---

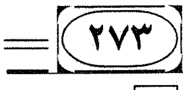
(١) التكملة الثانية للمجموع ١٥/ ٢٢٥، ٢٢٦.

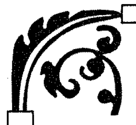
(٢) المغني ٨/ ١٨٣؛ وانظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٥؛ والمبدع ٤/ ٢٦١؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٦.
والحديث تقدم تخريجه في ص٢٥٤.

(٣) المبدع ٤/ ٢٦١.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٥؛ وعقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٥٣؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٥/ ٢٢٦؛ والمغني ٨/ ١٦٢؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٦.

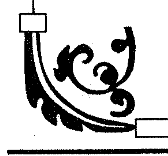
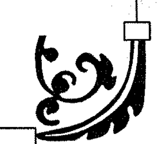


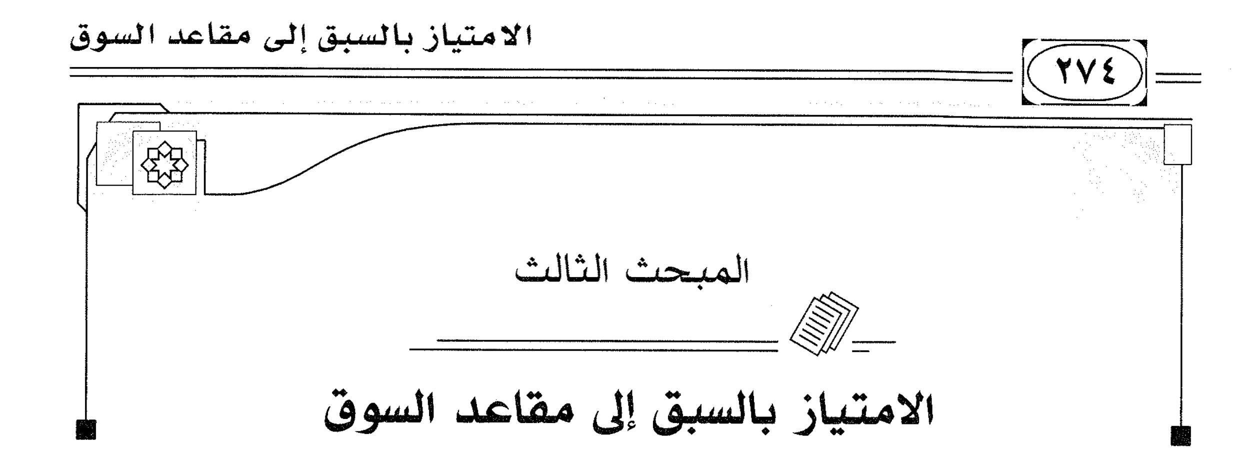



المبحث الثالث

الامتياز بالسبق إلى مقاعد السوق





المبحث الثالث

الامتياز بالسبق إلى مقاعد السوق

وهذا من نوع إقطاع الإرفاق، حيث يجوز للإمام أن يمنح امتيازاً لمن يجلس في مقاعد الأسواق التي ليست ملكاً لأحد.

وإقطاع الإرفاق قد يكون بدون تمليك، يقول الإمام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: «وذلك مثل المقاعد بالأسواق التي هي طريق المسلمين كافة، فمن قعد في موضع منها لبيع كان أحق به بقدر ما يصلح له، ومتى قام عنه لم يكن له أن يمنعه من غيره»[1].

وهذا الحق كما يبدو حقاً شخصياً؛ لأن الإمام منحه لشخص معين ليكون له امتياز بالجلوس فيه عن غيره، ولا يسقط ما دام الممنوح له الامتياز موجوداً؛ «لأنه يصير كالمتملك، ويختص بنفع يساويه فيه غيره، وإن قام وترك متاعه لم يجز لغيره إزالته، وإن نقل متاعه كان لغيره الجلوس فيه.... وإن نقل متاعه لكن أجلس غلامه أو أجنبياً ليحفظ له المكان حتى يعود فهو كما لو ترك المتاع فيه، فليس لغيره الجلوس فيه»[2]، لقوله ﷺ: «إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به»[3].

---

(١) الأم ٤/ ٤٤؛ وانظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٣؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٢٦؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٣، ٣٤٤؛ والمغني ٨/ ١٦٢؛ والمبدع ٥/ ٢٥٩؛ وكشاف القناع ٤/ ١٩٦.

(٢) كشاف القناع ٤/ ١٩٦؛ وانظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٥؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٠؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٧؛ والمغني ٨/ ١٦٢؛ والمبدع ٥/ ٢٦٠؛ ومقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور، ص١٥٢، (تونس: الشركة التونسية للتوزيع، ط٣، ١٩٨٨م).

(٣) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الاستئذان، باب: لا يقيم الرجل الرجل من =



وأما إذا مات فإنه يسقط بوفاته ولا ينتقل إلى ورثته؛ لأن الناحية الشخصية فيه واضحة خصوصاً إذا منحه الإمام للجلوس فقط كالجلوس في المساجد وغيرها دون المعاملة.

أما إذا كان الجلوس في مقاعد الأسواق على سبيل المعاملة أو الحرفة كالخياطة، كمن منحه الإمام موضعاً منها للبيع، فإنه يكون له امتياز بها ما دام قائماً في المكان لم يرحل عنه، وهو أحق بمجلسه من غيره، حتى ولو قام عنه مدة قليلة، للحديث السابق(١).

أما إذا «جلس لاستراحة أو نحوها فإنه يبطل حقه بمفارقته، وكذا لو كان جوالاً، وهو من يقعد كل يوم في موضع من السوق فإن حقه يبطل بمفارقته»(٢).

وكذا المواضع التي يقطعها الإمام للقوم من العرب ليحلوا فيها مدة من الزمن فإنهم لا يملكونها بالنزول فيها، فمتى انتجعوا عنها كانت لمن يأتي بعدهم، ولكن طالما أنهم يحلون في المكان فلا تنزع منهم، وهم أحق بها من غيرهم(٣).

وبناء على ذلك فما دام الإنسان قائماً بأمتعته في مقاعد السوق ولم يرحل عنها، فإن حقه لا يسقط بوفاته فيحل ورثته محله؛ لأن هذه الحقوق منافع دنيوية فتكون محلاً للعوض كالحقوق المالية(٤). والله أعلم.

= مجلسه، برقم: ٦٢٦٩؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: السلام، باب: إذا قام من مجلسه ثم عاد فهو أحق به، برقم: ٢١٧٩، واللفظ له.

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/ ٣٦٩، ٣٧٠؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٤؛ والمعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ص١١٧.

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٧٠؛ وانظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٥؛ وروضة الطالبين ٥/ ٢٩٤، ٢٩٦؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٤٥.

(٣) انظر: الأم ٤/ ٤٤؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٠؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٧١، ٣٧٢.

(٤) روضة الطالبين ٥/ ٣٠٠؛ والمبدع ٥/ ٢٦٠؛ وقواعد ابن رجب، ص١٩٩.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net

الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

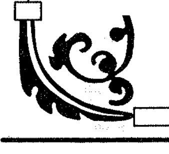
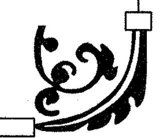




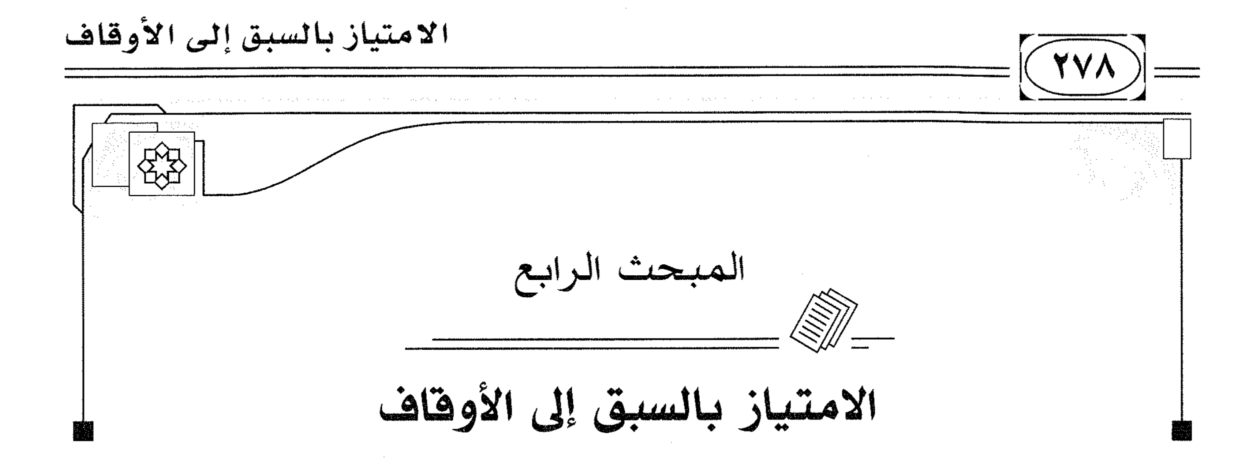


المبحث الرابع

الامتياز بالسبق إلى الأوقاف





المبحث الرابع

الامتياز بالسبق إلى الأوقاف

الأراضي الموقوفة: «هي ما وقفها مالكوها فحجزت عن التمليك والتملك والرهن، ورصد ريعها لجهةٍ وقفِ ذلك الريع عليها. وهذه تستغل وتصرف غلتها لما وقفت عليه، وتبقى وقفاً أبداً إلا أنْ تستبدل استبدالاً بوجه شرعي، فيحل بدلها محلها»[(١)].

فالامتياز في الأوقاف إنما يكون بالانتفاع بها للشخص الممتاز، ولو كان ذلك لمدة معينة يكون أمرها بعد ذلك على شخص أو أشخاص معينين كمن وقف أرضه على جهة معينة لمدة عشر سنوات ثم تكون بعدها لأولاده[(٢)].

أو يكون الامتياز في الأوقاف بالسبق إليها كالسبق إلى مقاعد المساجد والمدارس ومواقع النسك.

يقول القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ في بيان قاعدة الملك وقاعدة التصرف: «... ويخرج أيضاً الاختصاصات بالمساجد والرُبُط.... فإن هذه الأمور لا ملك فيها مع المكنة الشرعية من التصرف في هذه الأمور»[(٣)]؛ أي: ليس له مطلق التصرف، بل له التصرف بالانتفاع خاصة[(٤)].

---

(١) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للزرقا، ص١٦٦.

(٢) انظر: أحكام الوصايا والأوقاف لبدران أبو العينين بدران، ص٢٧٢، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ط بدون، ١٩٨٢م).

(٣) الفروق ٣/ ٢١٠؛ وانظر: روضة الطالبين ٥/ ٢٩٩، ٣٠٠؛ وبدائع الفوائد لابن القيم ١/ ٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ١٩٥؛ وحاشية ابن الشاط (إدرار الشروق على أنواء الفروق) بهامش الفروق ٣/ ٢١٠، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون)؛ والمنثور للزركشي ٣/ ٢٣٤؛ والمبدع ٥/ ٢٥٩.



فإذا سبق شخص إلى شيء من منافع الأوقاف كالمساجد «كمن ألف من المسجد موضعاً يفتي فيه الناس ويقرئ القرآن أو الحديث أو الفقه أو غيرها من العلوم المتعلقة بعلوم الشرع كنحو وصرف ولغة فحكمه كالجالس في مقعد في شارع لمعاملة في التفصيل السابق»(١).

أي يكون له امتياز بهذا السبق، ويحق له الانتفاع به بسبقه بتحصيل المنفعة، ولم يزعج منه، بل هو أحق به من غيره(٢)، ويختص به إن فارقه بعذر، لا إن فارقه بلا عذر.

«ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال»(٣).

ومن ذلك: أن يجلس للصلاة، فلا اختصاص له في صلاة أخرى. وأما الصلاة الحاضرة فهو أحق، فإن فارق بغير عذر بطل حقه فيها أيضاً. وإن كان بعذر، فإن فارق لقضاء حاجة أو تجديد وضوء... لم يبطل اختصاصه للحديث الصحيح أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قام أحدكم من مجلسه ـ في المسجد ـ فهو أحق به إذا عاد إليه»(٤).

ومن أمثلة ذلك: «الجلوس للاعتكاف، فينبغي أن يقال: له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً، وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر»(٥). والله أعلم.

---

(١) مغني المحتاج ٢/ ٣٧٠؛ وانظر: الحاوي الكبير ٧/ ٤٩٦؛ والأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٢٦، ٢٢٧؛ وروضة الطالبين ٥/ ٢٩٧، ٢٩٨.

(٢) انظر: عقد الجواهر الثمينة ٣/ ٩٥٣؛ وروضة الطالبين ٥/ ٣٠٠؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣٧١؛ والفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي ٨/ ١٨٨.

(٣) روضة الطالبين ٥/ ٢٩٧.

(٤) المصدر نفسه، والحديث تقدم تخريجه في ص٢٧٤.

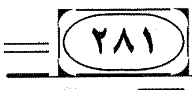
(٥) روضة الطالبين ٥/ ٢٩٧.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

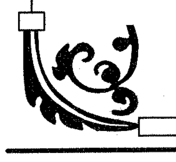
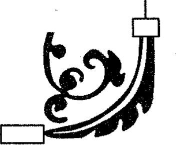


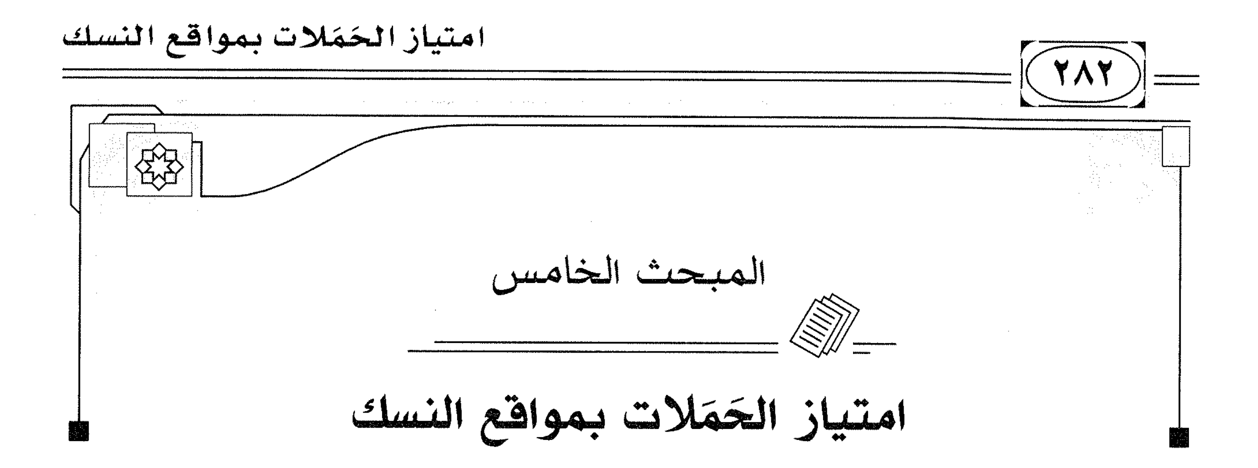





المبحث الخامس

امتياز الحَمَلات بمواقع النسك



المبحث الخامس

امتياز الحَمَلات بمواقع النسك

نصَّ الشافعية(١) في الأصح عندهم، والحنابلة(٢) على أنه لا يجوز إحياء في عرفة ولا مزدلفة ولا منى؛ لتعلق حق الوقوف بعرفة والمبيت بمزدلفة ومنى بالمسلمين «كالحقوق العامة من الطرق كمصلى العيد في الصحراء أو موارد الماء»(٣)، والمساجد والرباطات(٤)، ولما فيه من التضييق في أداء المناسك، واستواء الناس في الانتفاع بهذه المحال.

وقال الزركشي(٥) رَحِمَهُ اللهُ من الشافعية: وينبغي إلحاق المحصب(٦) بذلك؛

---

(١) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٢٨٦؛ وشرح المنهاج للمحلي مع حاشية قليوبي وعميرة ٣/ ٩٠؛ ونهاية المحتاج ٥/ ٣٣٨.

(٢) انظر: كشاف القناع ٤/ ١٨٦، ١٨٧؛ ومطالب أولي النهى ٤/ ١٨٠.

(٣) نهاية المحتاج ٥/ ٣٣٨.

(٤) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٢٨٦.

(٥) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله، أبو عبد الله، بدر الدين، الزركشي، فقيه أصولي، ولد سنة (٧٤٥هـ)، تركي الأصل، مصري المولد والوفاة، له تصانيف كثيرة، منها: البحر المحيط في أصول الفقه، والمنثور في القواعد، والديباج في توضيح المنهاج، توفي سنة (٧٩٤هـ).
انظر ترجمته في: الدرر الكامنة ٣/ ٣٩٧؛ وإنباء الغمر بأبناء العمر للحافظ ابن حجر العسقلاني ٣/ ١٣٨، بمراقبة: د. محمد عبد المعيد خان، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ)؛ وشذرات الذهب ٨/ ٥٧٢.

(٦) هو: موضع تجمع رمي الجمار إذا جرفها السيل، وسمي بالمحصب لاجتماع الحصى فيه؛ لأنه موضعٌ مُنْهَبِطٌ، والسيل يحمل إليه الحصباء من الجمار. وهو موضع فيما بين مكة ومنى، وهو إلى منى أقرب. ويعرف المحصب اليوم بمجرِّ الكبش، وهو مما يلي العقبة الكبرى من جهة مكة إلى منفرج الجبلين.
انظر: المغرب في ترتيب المعرب، مادة: «حصب» ١/ ٢٠٥؛ والنظم المستعذَب في =



لأنه يسن للحجيج المبيت فيه، وقال الولي العراقي[(١)] رَحِمَهُ اللهُ: ليس المحصب من مناسك الحج، «ولا يقدح في ذلك كونه تابعاً لها»[(٢)]، فمن أحيا شيئاً منه ملكه[(٣)].

لكن يجوز للإمام أن يمنح امتياز المنافع لجهات معينة في أراضٍ خاصة من المناسك على سبيل الانتفاع بها والجلوس فيها لحملات الحج أيام أداء مناسك الحج وغيرها دون تملكها.

ومن لم يمنح من الإمام امتياز للجلوس في أماكن النسك، فلمن سبق إليها الجلوس فيها على وجهٍ لا يضيق على أحد، لقوله ﷺ: «منًى مُناخ من سبق»[(٤)]، ولا يضر بالمارة، ويكون أحق بها ما لم ينقل متاعه لسبقه إلى

= تفسير غريب ألفاظ المهذب لبطال بن أحمد الركبي ١/٢١٣، ت: د. مصطفى عبد الحفيظ سالم، (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، ط١، ١٤٠٨هـ)؛ والقاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، ص٩٠، (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٨هـ)؛ والمعالم الأثيرة في السنة والسيرة، د. محمد محمد حسن شُرَّاب، ص٢٤٠.

(١) هو: عبد الرحيم بن الحسين بن عبد الرحمٰن العراقي الشافعي، زين الدين، حافظ العصر، ولد سنة ٧٢٥هـ، حفظ التنبيه، واشتغل بالقراءات، وعُني بالحديث، وصنَّف فيه كتباً كثيرة، منها: تخريج أحاديث الإحياء، ونظم «علم الحديث» لابن الصلاح وعمل عليه نكتاً، قال الحافظ ابن حجر: ولم نر في هذا الفن أتقن منه، توفي سنة (٨٠٦هـ).

انظر ترجمته في: إنباء الغمر ٥/١٧٠؛ وشذرات الذهب ٩/٨٧؛ والبدر الطالع ١/٣٥٤.

(٢) نهاية المحتاج ٥/٣٣٨.

(٣) انظر: شرح المنهاج للمحلي مع حاشية قليوبي وعميرة ٣/٩٠؛ ونهاية المحتاج ٥/٣٣٨.

(٤) رواه الإمام أحمد في «مسنده» ٤٢/٣٤٩، برقم: ٢٥٥٤١ وَ ٤٢/٤٧١، برقم: ٢٥٧١٨، وأبو داود في «سننه»، كتاب: المناسك، باب: تحريم حرم مكة، برقم: ٢٠١٩؛ والترمذي في «سننه»، كتاب: الحج، باب: ما جاء أن منىً مناخ من سبق، برقم: ٨٨١؛ وابن ماجه في «سننه»، كتاب: المناسك، باب: النزول بمنى، برقم: ٣٠٠٦ وَ ٣٠٠٧؛ والحاكم في «مستدركه»، كتاب: المناسك، باب: منى مناخ من سبق، برقم: ١٧٥٧؛ وأبو يعلى في «مسنده» ٨/١٦، برقم: ٤٥١٩؛ وابن خزيمة في =

مباح؛ لأن يدَ الأول عليه(١).

وإن سبق اثنان فأكثر وضاق المكان فقولان:

القول الأول: يقرع بينهما؛ لأنهما استويا في السبق، والقرعة مميزة.

القول الثاني: يقدم الإمام من يرى منهما؛ لأنه أعلم بالمصلحة في ذلك(٢). والله أعلم.

وقد صدر تعميم من فضيلة وكيل وزارة العدل في المملكة العربية السعودية للمحاكم برقم ١١١/١٢/ت وتاريخ ١٣٩٧/٨/٩هـ، لاعتماد ما جاء في خطاب صاحب السمو الملكي نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٤/ص١٧١٣٩ في تاريخ ١٣٩٧/٧/١٢هـ، ونصه بعد المقدمة: «نبعث إليكم برفقه صورة برقية سمو وزير الأشغال العامة والإسكان رقم ١٧٧/١ وتاريخ ١٠/٧/١٣٩٧هـ، بشأن طلبه منع تطبيق منح الأراضي أو إصدار أي صكوك شرعية إلا بعد الرجوع إلى وزارة الأشغال العامة والإسكان (مشروع منى)، وذلك بالنسبة لسفوح الجبال المطلة على العزيزية من الجهات الأربع ومنطقة محبس الجن والمنطقة المشرفة عليها للتأكد من عدم تعارض ذلك مع مشاريع منى.

ونرغب إليكم التعميم على عموم المحاكم بذلك وأن لا تستخرج صكوك إلا بعد اطلاعنا على الطلب ليكون لدينا علم بذلك، ونحن نبلغ سمو الأمير متعب بما يلزم، واحرصوا على ذلك بكل دقة وأفيدونا»(٣).اهـ.

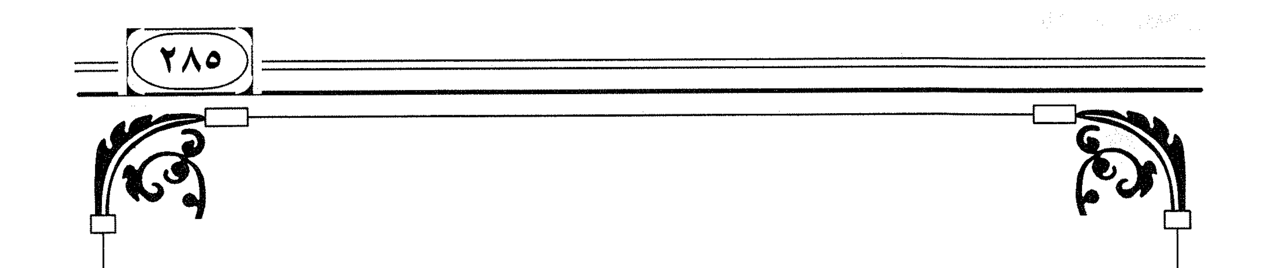
= «صحيحه»، كتاب: المناسك، باب: النهي عن احتضار المنازل بمنى إن ثبت الخبر... ٢٨٤/٤؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: الحج، باب: النزول بمنى ١٣٩/٥؛ وقال الحاكم: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه» ووافقه الذهبي، وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»؛ وضعفه الألباني في تحقيقه لصحيح ابن خزيمة ٢٨٤/٤، وكذلك في ضعيف سنن الترمذي، برقم: ١٥٣، وضعف إسناده أيضاً محققو مسند الإمام أحمد رحمه الله.

(١) انظر: المغني ١٦١/٨؛ ومغني المحتاج ٣٧٠/٢.

(٢) انظر: التكملة الثانية للمجموع ٢٢٦/١٥؛ والمغني ١٦١/٨؛ المبدع ٢٦٠/٥، ٢٦١.

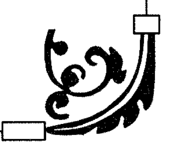
(٣) التصنيف الموضوعي لتعاميم وزارة العدل ٣١٩/١، (خلال ٦٨ عاماً)، ١٣٤٥هـ - ١٤١٢هـ، أعدته: لجنة متخصصة بالوزارة، (الرياض: وكالة الفرزدق للدعاية والإعلان، ط١، ١٤١٣هـ).





المبحث السادس

الامتياز باقتناء الكلاب









المبحث السادس

الامتياز باقتناء الكلاب

الكلاب كلها نجسة عند جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والشافعية[٢] والحنابلة[٣].

وقال المالكية[٤] وهو رواية عند الحنفية[٥]: هي طاهرة، وإنما يجب غسل الإناء من ولوغها تعبداً[٦].

لقد أباح الشارع اقتناء الكلاب للانتفاع بها في الصيد والزرع والماشية، حيث روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال: «من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط»[٧]، وفي حديث ابن عمر رضي الله عنه: «من اقتنى كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو ضارية نقص كل يوم من عمله قيراطان»[٨].

---

(١) انظر: العناية على الهداية للبابرتي ١/ ٩٣.

(٢) انظر: المجموع ٢/ ٥٦٧؛ وروضة الطالبين ٣/ ٣٤٨؛ وفتح الباري ٤/ ٤٩٨؛ وحاشية قليوبي وعميرة ١/ ٦٩.

(٣) انظر: المغني ١/ ٦٤؛ والمحرر في الفقه ١/ ٢٨٥؛ ومطالب أولي النهى ١/ ٢٢٤.

(٤) انظر: بداية المجتهد ١/ ٢٨، ٢٩.

(٥) انظر: العناية على الهداية ١/ ٩٣؛ والاختيار لتعليل المختار ١/ ١٩.

(٦) انظر في الاستدلال لذلك: المجموع ٢/ ٥٦٧؛ والمغني ١/ ٦٤؛ وفتح الباري ٤/ ٤٩٨؛ وأضواء البيان للشنقيطي ٢/ ٢٦٠.

(٧) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الحرث والمزارعة، باب: اقتناء الكلب للحرث، برقم: ٢٣٢٢؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه وبيان تحريم اقتنائها إلا لصيد أو زرع أو ماشية ونحو ذلك، برقم: ١٥٧٥، واللفظ له.

(٨) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الذبائح، باب: من اقتنى كلباً ليس كلب بكلب =

والمنفعة هنا لا تكون محلاً للمعاوضة عند الشافعية(١) والحنابلة(٢)، فلا يصح بيع الكلب سواء كان معلماً أم غيره، ولا قيمة على من أتلفه، وهو قول بعض المالكية(٣)، ويستدلون على ذلك بما رواه أبو مسعود الأنصاري(٤) رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن(٥).

وأجاز الحنفية(٦) بيع الكلب مطلقاً.

وذهب بعض المالكية(٧) كسحنون(٨) إلى القول بجواز بيع الكلب

= صيد أو ماشية، برقم: ٥٤٨٠؛ ومسلم في «صحيحه»، واللفظ له، كتاب: المساقاة، باب: الأمر بقتل الكلاب وبيان نسخه وبيان تحريم اقتنائها إلا لصيد أو زرع أو ماشية ونحو ذلك، برقم: ١٥٧٥.

(١) انظر: المجموع ٩/٢٢٨؛ وروضة الطالبين ٤/٣٤٩.

(٢) انظر: المغني ٦/٣٥٢؛ والمحرر ١/٢٨٤؛ وقواعد ابن رجب، ص١٩٨.

(٣) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٦٧٤؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١١؛ والفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني لأحمد غنيم النَّفَراوي ٢/١٣٩، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون)؛ والإغراب في أحكام الكلاب، لجمال الدين ابن المَبْرِد الحنبلي، ص٢٨٢، ت: د. عبد الله الطيار وَ د. عبد العزيز الحجيلان، (الرياض: دار الوطن، ط١، ١٤١٧هـ).

(٤) هو: عقبة بن عمرو بن ثعلبة بن أسيرة بن عسيرة الأنصاري، وقيل: يسيرة بن عسيرة ـ بضمهما ـ، شهد بدراً كما جزم به البخاري، وكان ممن شهد بيعة العقبة، وكان شاباً من أقران جابر في السن. روى أحاديث كثيرة، وهو معدود في علماء الصحابة. نزل الكوفة، مات سنة (٣٩هـ)، وقيل: (٤٠هـ).
انظر ترجمته في: الاستيعاب ٣/١٨٤؛ وأسد الغابة ٤/٥٥؛ والإصابة ٤/٢٥٢.

(٥) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: البيوع، باب: ثمن الكلب، برقم: ٢٢٣٧؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور، برقم: ١٥٦٧.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٣؛ والفتاوى البزازية ٦/٢٩٨.

(٧) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٦٧٥؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/١١؛ والفواكه الدواني ٢/١٣٨.

(٨) هو: عبد السلام بن سعيد بن حبيب التنوخي، أبو سعيد، ولد سنة (١٦٠هـ)، أصله شامي من حمص، وفد أبوه إلى إفريقية، سمي (سحنون) باسم طائر حديد النظر لحدته، كان أول من أظهر علم المدينة بالمغرب، وهو صاحب المدونة المشهورة، توفي سنة (٢٤٠هـ). =



المأذون في اقتنائه؛ لأنه مال ينتفع به حقيقة، وبه قال جمع من السلف كإبراهيم النخعي[(١)].

والقول بمنع بيع الكلب هو الحق، وهو عام في المأذون في اتخاذه وغيره لعموم الأدلة[(٢)].

وعليه فالامتياز بالانتفاع بالكلاب المباح الانتفاع بها لا يفيد الملك، فمن اختص بشيء من ذلك كان له امتياز في أن ينتفع به فقط دون أن يملك المعاوضة عليها فيمكن أن يوصي بها، وإذا مات تورث عنه، «لأنها نقلٌ لليد فيه من غير عوض»[(٣)]، وهذا عند الشافعية[(٤)] والحنابلة[(٥)].

وعند الحنفية[(٦)] والمالكية[(٧)] في أحد أقوالهم تعتبر الكلاب من الأموال ما دام الشرع قد أباح الانتفاع بها.

وقد أصبحت الكلاب المعلمة في وقتنا المعاصر لها فوائد كثيرة في كشف المجرمين، والتعرف على وجود مكان المخدِّرات ونحو ذلك، وأصبحت الدول تعطي هذه الكلاب إلى جهات ودوائر تابعة لها، فيكون للجهة الممنوحة هذا النوع من الكلاب الامتياز في الانتفاع بها، والاختصاص بهذه المنفعة على بقية الجهات الأخرى؛ لأنها اختصت بهذا الانتفاع على غيرها.

= انظر ترجمته في: وفيات الأعيان ٣/ ١٨٠؛ وسير أعلام النبلاء ١٢/ ٦٣؛ والديباج المذهب ٢/ ٣٠.

(١) انظر: فتح الباري ٤/ ٤٩٨؛ والفوائد العذاب فيما جاء في الكلاب، لإحسان بن محمد العتيبي، ص١٤٣، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢٢هـ).

(٢) انظر: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن محمد الأمين الشنقيطي ٢/ ٢٦٠، (بيروت: دار عالم الكتب، ط بدون)؛ والفوائد العذاب فيما جاء في الكلاب، ص١٤٣.

(٣) المغني ٦/ ٣٥٥.

(٤) انظر: المجموع ٩/ ٢٢٨.

(٥) انظر: المغني ٦/ ٣٥٣؛ وقواعد ابن رجب، ص١٩٨.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٥/ ١٤٣؛ والفتاوى البزازية ٦/ ٢٩٨.

(٧) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/ ١١.

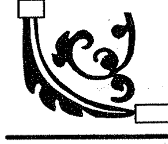


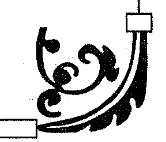




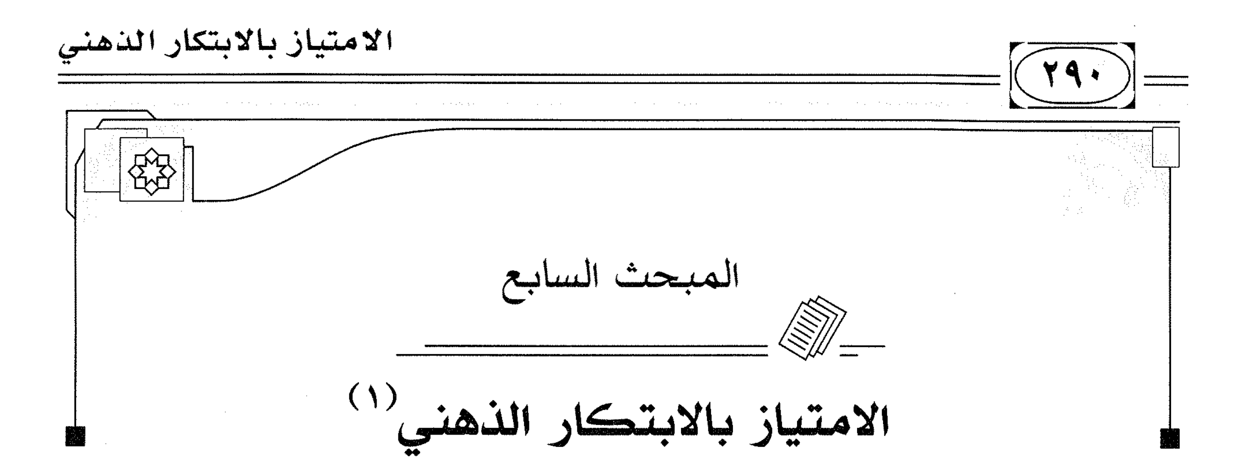
المبحث السابع

الامتياز بالابتكار الذهني









المبحث السابع

الامتياز بالابتكار الذهني(١)

إن دائرة الحقوق في هذا العصر قد توسعت كثيراً فشملت الحقوق المعنوية أو الذهنية أو حقوق الابتكار، وقد اسْتُدِلَّ لذلك بأدلة متنوعة كثيرة، إذ كان للعرف دور كبير في القول بماليتها والتصرف فيها ـ وهذا العرف لا يتصادم مع نص شرعي خاص أو قاعدة كلية عامة في الشريعة الإسلامية(٢) ـ وكذا إعمال قاعدة المصالح المرسلة، إضافة إلى أن السياسة الشرعية جعلت لهذه الحقوق قيمة مالية، وذلك لأن الأصل في الإسلام حرية التعاقد والتجارة، وأن الإسلام يولي عنايته الكبرى بتحقيق مصالح الناس، ودرء

---

(١) هذا الحق يشمل الآتي:
١ ـ المصنفات المكتوبة في أي علم من العلوم: المصنفات الأدبية، والتاريخية، والجغرافية، والفقهية. . . إلخ.
٢ ـ المصنفات التي تُلقى شفوياً كالمحاضرات والخطب والمواعظ ونحوها.
٣ ـ المصنفات المسرحية ونحوها.
٤ ـ الاختراعات والابتكارات.
٥ ـ الرسوم والفنون الخاصة بها.
٦ ـ الابتكارات في عالم الكمبيوتر والاتصالات، ومختلف العلوم والفنون.
انظر: المذكرة الإيضاحية لقانون حماية حق الؤلف الصادر في القاهرة في ٢٤/٦/١٩٥٤م؛ والحقوق المعنوية وتطبيقاتها المعاصرة، د. محيي الدين علي القره داغي، ص٤٣٤، ٤٣٥.

(٢) انظر: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، د. محمد عثمان شبير، ص٦٧؛ والحقوق المعنوية ـ بيع الاسم التجاري، د. عجيل النشمي في مجلة المجمع الفقهي، العدد: الخامس/٣/٢٣٤٨؛ وبيع الاسم التجاري والترخيص لحسن عبد الله الأمين في مجلة المجمع الفقهي، العدد: الخامس/٣/٢٥٠٢.

المفاسد، وقد تعارف الناس على ذلك وأصبحت مصالحهم في اعتبار هذه الحقوق أموالاً، بالإضافة إلى أن المبادئ العامة والقواعد الشرعية الكلية، وسد الذرائع، وغير ذلك تدل على رعاية هذه الحقوق المستحدثة[(١)].

وهذا الحق مملوك لصاحبه، والملك يفيد الاختصاص والامتياز بالانتفاع والتصرف فيه بالبيع والإجارة أو غير ذلك، ويمنع الآخرين من الاعتداء عليه إلا بإذن صاحبه.

وهذا الامتياز في الحقوق المعنوية هو ما انتهت إليه بعض المجامع الفقهية، فقد نظر مجلس المجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة المنعقدة بمبنى رابطة العالم الإسلامي في مكة المكرمة في الفترة من ١٢ رجب ١٤٠٦هـ إلى ١٩ رجب ١٤٠٦هـ في موضوع «حقوق التأليف لمؤلفي الكتب والبحوث والرسائل العلمية»، هل هي حقوق ثابتة مملوكة لأصحابها؟ وهل يجوز شرعاً الاعتياض عنها والتعاقد مع الناشرين عليها؟ وهل يجوز لأحد غير المؤلف أن ينشر كتبه وبحوثه ويبيعها دون إذنه على أنها مباحة لكل أحد أو لا يجوز؟

وقد انتهى مجلس المجمع الفقهي إلى نتائج مهمة، منها، نص القرار الآتي:

«يجب أن يعتبر للمؤلف والمخترع حق فيما ألف أو ابتكر، وهذا الحق هو ملك له شرعاً لا يجوز لأحد أن يسطو عليه دون إذنه، وذلك بشرط أن يكون الكتاب أو البحث ليس في دعوة إلى منكر، أو بدعة، أو أي ضلالة تنافي شريعة الإسلام، وإلا فإنه حينئذٍ يجب إتلافه ولا يجوز نشره»[(٢)]. اهـ.

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبي ٤/١٩٠، ت: عبد الله دراز، (مكة المكرمة: توزيع عباس الباز، ط٢، ١٣٩٥هـ)؛ وحق الابتكار، د. فتحي الدريني ٢/١٥، وهو بحث ضمن كتابه بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ)؛ والحقوق المعنوية ـ بيع الاسم التجاري، د. عجيل النشمي، العدد: الخامس/٣/٢٣٤٦؛ وحقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي لحسين الشهراني، ص٢٣٤، وما بعدها.

(٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ص١٩٤، (ط بدون).



كما طَرَحَ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي موضوع «الحقوق المعنوية» أو «حقوق الابتكار» في دورته الخامسة المنعقدة في الكويت في ١ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ، الموافق ١٠/١٢/١٩٨٨م، وقد انتهى إلى الإقرار بمالية الاسم التجاري والعلامة التجارية ونحوهما، ووجوب حماية هذه الحقوق، وأن أصحابها لهم امتياز بها، وهذا نص القرار:

«**أولاً**: الاسم التجاري، والعنوان التجاري، والعلامة التجارية، والتأليف، والاختراع أو الابتكار، وهي حقوق خاصة لأصحابها، أصبح لها في العرف المعاصر قيمة مالية معتبرة لتمول الناس لها، وهذه الحقوق يعتد بها شرعاً فلا يجوز الاعتداء عليها.

ثانياً: يجوز التصرف في الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو العلامة التجارية، ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش، باعتبار أن ذلك أصبح حقاً مالياً.

ثالثاً: حقوق التأليف والاختراع أو الابتكار مصونة شرعاً، ولأصحابها حق التصرف فيها، ولا يجوز الاعتداء عليها»[1]. والله أعلم.

(١) مجلة المجمع الفقهي، العدد: الخامس ٣/ ٢٥٨١.





الفصل الثَّالث

تطبيقات معاصرة على حق الامتياز

ويشتمل على تسعة مباحث:

المبحث الأول: امتياز أجور المحاماة.

المبحث الثاني: امتياز إنتاج السلع والخدمات.

المبحث الثالث: أسهم الامتياز.

المبحث الرابع: امتياز شركات التنقيب والتعدين.

المبحث الخامس: امتياز الوكالات التجارية.

المبحث السادس: امتياز الإعلانات.

المبحث السابع: امتياز عقد التوريد.

المبحث الثامن: بطاقة الامتياز.

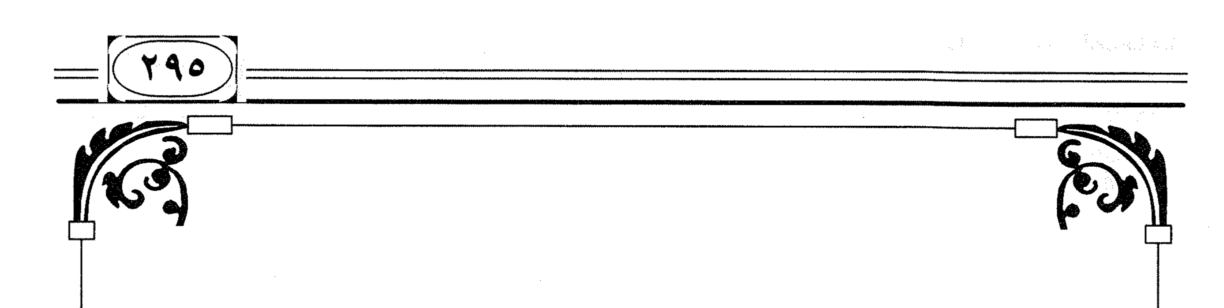
المبحث التاسع: امتياز المرافق العامة.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net

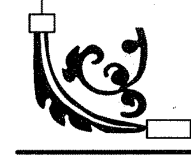

الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

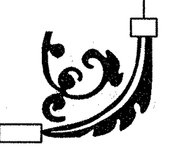


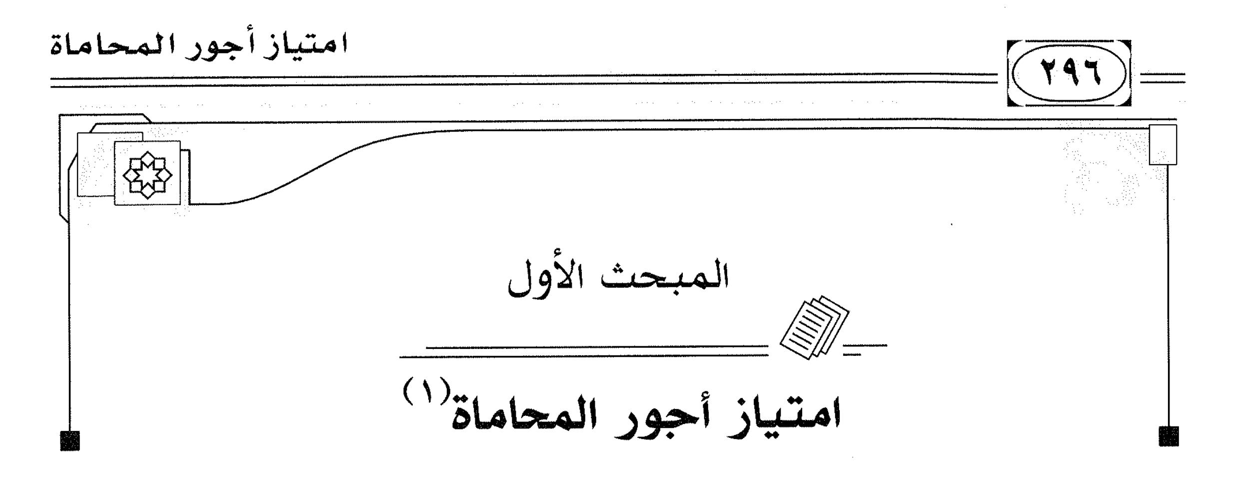


المبحث الأول

امتياز أجور المحاماة







المبحث الأول

امتياز أجور المحاماة(١)

....

(١) **المحاماة في اللغة:** على وزن مفاعلة، وهي مشتقة من حامى عنه، من الحماية، وحمى الشيء يحميه حمياً بالفتح، وحماية بالكسر، منعه ودفع عنه، وحاميت عنه محاماة وحماء: منعت عنه.

انظر: أساس البلاغة، مادة: «حمى»، ص٩٦؛ والقاموس المحيط، مادة: «حمى»، ص١٦٤٧؛ والمعجم الوسيط، مادة: «حمى» ١/ ٢٠٠، ٢٠١.

وفي الاصطلاح:

مصطلح المحاماة غير معروف بهذا اللفظ في الشريعة الإسلامية، ولكنها تعني في الشريعة الإسلامية الوكالة بوجهٍ عام، والوكالة بالخصومة بوجه خاص.

وقد عرَّف السرخسي الوكالة بالخصومة في المبسوط ١٩/ ٥، بأنها: «اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة والمشاحة»، وتابعه العيني على هذا التعريف في البناية ٧/ ٣٦٠.

وعرَّفها الغزالي في إحياء علوم الدين ٣/ ١٢٨، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ)، بقوله: «الجاج في الكلام ليستوفى به مال أو حق مقصود، وذلك تارة يكون ابتداء، وتارة يكون اعتراضاً».

والملاحظ على هذين التعريفين أنهما عرَّفا الوكالة بأنها كلام، والكلام يعني مفردات ذات معنى محدد مقصود، بيد أن الوكالة بالخصومة: هي عبارة عن عقد مبرم بين الموكل والوكيل من أجل الخصومة، فالسرخسي والغزالي لم يبينا ذلك، بل نراهما قد بينا أن محل العقد منصب ليستوفى به مال أو حق، ولم يبينا أركان الوكالة بالخصومة أو شروطها أو حتى شروط من يقوم بها.

انظر: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، د. مسلم محمد اليوسف، ص٦٩، ٧٠، (بيروت: مؤسسة الرياض، ط١، ١٤٢٢هـ).

وعرَّف الوكالة بالخصومة الأستاذ محمد شفيق العاني في كتابه أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ص٥٠، (بغداد: مطبعة الإرشاد، ط٢، ١٣٨٤هـ)، بقوله: «هي تفويض شخص آخر ليقوم مقام نفسه بالدعوى ابتداءً أو الجواب عنها =

إن المحامي له الحق في تقاضي بدل أتعابه عما يقوم به من أعمال ضمن نطاق مهنته، كما أن له الحق في استيفاء النفقات التي دفعها في سبيل الدعوى التي وكل بها.

فالوكالة بمجرد عقدها تنشئ التزامات وحقوقاً في ذمة كلا المتعاقدين، ومن هذه الحقوق: «دفع الأجر إذا كانت الوكالة مأجورة ورد المصروفات أو تقديمها إذا كانت هناك حاجة إلى نفقات لتنفيذ الوكالة وتعويض الوكيل عن الضرر إذا أصابه ضرر بسبب تنفيذ الوكالة»[(١)].

والمشروع في المحاماة هو تحديد أجر يتفق عليه قبل بدء العمل وعند التوكيل، ويستحق هذا الأجر عند الانتهاء من العمل[(٢)]، وإذا طرأ في القضية طارئ كأن تستجد دعوى جديدة متعلقة بها عندها يمكن الاتفاق من جديد على بدل أتعاب كل هذه الطوارئ.

تنص المادة (١٤٦٧) من المجلة العدلية[(٣)]: «إذا اشترطت الأجرة في

= اعتراضاً أمام المحكمة المختصة في تصرف معلوم قابل للنيابة ممن يملكه غير مشروط بموته».

انظر: شرح هذا التعريف في كتاب المحاماة ـ تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها لمشهور حسن سلمان، ص٦٥، (ط٢، ١٤١٥هـ)؛ ونظام المحاماة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية مع دراسة لنظام المحاماة الصادر في عام ١٤٢٢هـ، د. محمد علي آل خُرَيِّف، ص٨٣ ـ ٨٤، (الرياض: كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٢٥هـ).

وأما المحامي فقد عرَّفه الشيخ محمد أبو زهرة في كتابه الخطابة، ص١٧٥، (دار الفكر، ط١)، بقوله: «هو العليم بالقانون الذي يستطيع أن يثبت حق ذي الحق، ويدفع باطل المعتدي، معتمداً في ذلك على علمه بما شرع القانون من حقوق وبما ألزم من واجبات، وما قيد به من حريات حفظاً للجماعة وتثبيتاً للمصالح».

(١) فقه المعاملات، د. محمد علي عثمان الفقي، ص٣٤٨، (الرياض: دار المريخ، ط بدون، ١٤٠٦هـ)؛ وانظر: قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، د. وهبة الزحيلي، ص٢٩٢، ٢٩٣، (دمشق: دار الفكر، ط بدون).

(٢) انظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي، د. مصطفى الخن، وَ د. مصطفى البغا، وَ أ. علي الشربجي ٧/١٨٦، (دمشق: دار العلوم، ط١).

(٣) انظر: ص١٧٣.

الوكالة وأوفاها الوكيل استحق الأجرة، وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالأجرة كان متبرعاً فليس له أن يطالب بالأجرة».

فإذا وكل أحدهم محامياً من أجل مخاصمة آخر فبين له الخصومة ومدتها، وكذا الأجر كانت الإجارة المتفق عليها صحيحة ولزم الأجر المسمى. أما إذا بقيت مدة الخصومة والمرافعة مجهولة فالأجرة فاسدة(١).

يتبين مما تقدم أن بدل الأتعاب الشرعي يجب أن يكون مبيناً ومحدداً وغير مشوب بأي غرر أو جهالة، وعليه لا يصح بدل الأتعاب إذا حدد بنسبة معينة(٢)، بل يجب أن يكون محدداً ومعلوماً مع مراعاة كل قضية وظروفها، وكل وكيل (محام) وقدره وقيمته.

أما بالنسبة إلى درجة دين أجر المحاماة فيعتبر من الديون القوية (الممتازة) التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

والديون القوية هي الصادرة عن حكم قضائي أو اتفاق موثق عند السلطة، وعليه فدين بدل أتعاب المحامي يصبح من الديون القوية الممتازة إذا كان مستنداً إلى حكم قضائي أو إذا كان صادراً عن اتفاق صريح خال من عيوب الإرادة وموثق عند السلطة المختصة بذلك، فإذا كان من هذين الصنفين، فإنه يصبح ديناً قوياً أو ممتازاً، وإذا خرج عن هذين الصنفين فيصبح ديناً عادياً كغيره من الديون العادية(٣).

ولا يخفى ما لامتياز دين المحاماة من أهمية في حالة إفلاس العميل أو

---

(١) انظر: القوانين الفقهية لابن جزي، ص٢١٦؛ والمجموع ١٤/١٦٨؛ والسيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار للشوكاني ٤/٢٢٩، ت: محمد إبراهيم زايد، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ).

(٢) كما في القانون الوضعي، إذ سمح التقنين الوضعي للمتعاقدين بجعل بدل الأتعاب بنسبة مئوية إذا بلغت أكثر من (٢٠٪ في المواد المدنية) جاز للقضاء تخفيضه إلى الحد المعقول.
انظر: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص٢٢٣.

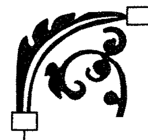
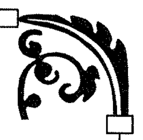
(٣) انظر: المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية لليوسف، ص٢٢١ ـ ٢٢٦.

إعساره، حيث يتقدم المحامي بدينه بالأتعاب على بقية الدائنين متفادياً بذلك احتمال دخوله معهم في حال عدم كفاية أموال المدين قسمة الغرماء[١]. والله أعلم.

---

(١) انظر: عقد المحاماة في القانون الكويتي والقانون المقارن، د. فايز الكندري، ص١٤١، (الكويت: جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٩م).



المبحث الثاني

امتياز إنتاج السلع والخدمات

ويشتمل على تمهيد وأربعة مطالب:

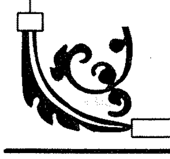
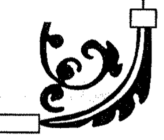
التمهيد: تعريف عقد الامتياز التجاري وامتياز إنتاج السلع والخدمات.

المطلب الأول: تعريف شرط القصر وأثره في عقد الامتياز.

المطلب الثاني: التزامات مانح الامتياز وصاحب الامتياز.

المطلب الثالث: التزامات صاحب الامتياز تجاه الغير.

المطلب الرابع: التزامات مانح الامتياز تجاه الغير.





التمهيد

تعريف عقد الامتياز التجاري وامتياز إنتاج السلع والخدمات

عُرِّف عقد الامتياز التجاري (الفرانشايز) بتعريفات كثيرة، منها:

«إنه عبارة عن نظام للمساعدة والتعاون بين المشروعات، وذلك من خلال عقد يبرم بين المانح والمتلقي، بموجبه يمنح الأولُ الثاني ـ مقابل مبلغ من المال ـ حق الاستغلال تحت شروط محددة، والعلامة، والطرق التجارية، ويتم استعمال ذلك كله تحت يافطة[1] المانح الملتزم بإمداد الثاني على وجه الاستمرار بالخدمة والمساعدة بالشكل الذي يكفل لهذا الأخير تنمية وتقدم مشروعه»[2].

يتضح من هذا التعريف اشتماله على العناصر التي يقوم عليها عقد الامتياز التجاري، وهي:

١ ـ وجود عقد بين الأطراف، وهم صاحب الامتياز التجاري، ومانح الامتياز التجاري، وفيه عمومية حيث يمكن أن يشمل جميع أنواع عقود الامتياز

---

(١) وهو: (الاسم التجاري)، وهو: عبارة عن اسم يتم وضعه لتمييز المؤسسة التجارية عن غيرها من المؤسسات المشابهة بهدف مساعدة الجمهور في عدم الوقوع في اللبس.
انظر: عقد الترخيص التجاري، د. فايز نعيم رضوان، ص١٢٠؛ وعقد الامتياز التجاري، لعبد الرحمٰن القنيطير، ص٥٠.

(٢) عقد الامتياز التجاري، د. ماجد عمار، ص١٢، وهذا التعريف للجنة البلجيكية لتوزيع أسلوب منح الامتياز التجاري.

التجاري المختلفة سواء منها ما يتعلق بالتوزيع أم بالإنتاج أم بالخدمات.

٢ ـ وجود المقابل المادي الذي يدفعه صاحب الامتياز التجاري مقابل ما يحصل عليه من حق استغلال ما يقدمه مانح الامتياز التجاري.

٣ ـ لم يشر التعريف بشكل مباشر إلى شرط القصر، ولكن يمكن استنتاجه من عبارة: «تحت شروط محددة»، التي تشمله وتشمل كذلك المدة الزمانية للعقد التي تخضع لسلطة الأطراف.

٤ ـ جاءت الإشارة إلى أهم الالتزامات التي يجب أن يشتمل عليها عقد الامتياز التجاري، التي يقدمها مانح الامتياز التجاري، كمنح حق استخدام العلامة التجارية، وتقديم الاستشارات والمساعدات الفنية التي تكفل تنمية وتقدم مشروع صاحب الامتياز التجاري، وأيضاً التزامات صاحب الامتياز التجاري التي منها دفع المقابل المادي، واحترام حقوق مانح الامتياز التجاري.

وفي هذا التعريف تبرز أهمية الاستقلال القانوني التي يؤكدها، وعليه فإن المتلقي لا يتوقع أن المانح سوف يدير له مؤسسته[(١)].

بعد ذكر هذا التعريف العام لعقد الامتياز التجاري، أبين على وجه الخصوص المراد بامتياز إنتاج السلع والخدمات.

فالامتياز هنا يرد على أمرين:

أحدهما: امتياز إنتاج السلع:

والمقصود بذلك أن تختص شركة معينة، أو أشخاص معينون بإنتاج سلعة معينة، لا يسمح لغيرهم بإنتاجها، وذلك في مقابل مالٍ يدفعه هؤلاء ـ غالباً ـ للشركة المنتجة وللدولة التي يقيمون فيها.

وقد يكون هذا الامتياز لجنس من الأجناس بجميع أنواعه، كأن تأخذ شركة حق امتياز إنتاج سيارات مثلاً بجميع أنواعها، وقد يكون في نوع واحد

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، لعبد الرحمٰن القنيطير، ص٧ ـ ٩.



من سلعة معينة، كنوع خاص من السيارات مثلاً وليس كل أنواعها.

ومثال ذلك أيضاً، المواد الغذائية، ومستلزمات الصناعة، والتجارة، والزراعة، والبنية التحتية وغيرها.

الأمر الثاني: امتياز الخدمات:

كخدمات الاتصالات، والكهرباء، والفندقة أو الضيافة، وسكك الحديد، والطيران، ونقل البريد، وغيرها من الخدمات المهنية كالاستشارات، والخدمات المالية، والتأمين.

والوظيفة الأساسية التي يؤديها امتياز إنتاج السلع أو امتياز الخدمة، هو تمييز السلع أو الخدمات التابعة لشركة معينة عن سلع أو خدمات غيرها. وهو بذلك يحدِّدُ المصدر، ويشير إلى نوع الجودة والسمعة.

• حكم امتياز إنتاج السلع والخدمات في الجملة:

وهذا النوع من الامتياز ـ أعني امتياز إنتاج السلع والخدمات ـ لا حرج فيه شرعاً إذا لم يكن فيه إضرار بالناس وتضييق عليهم، أما من ضيق على الناس أو أضرَّ بهم فلا يجوز منح الامتياز له؛ لأنه محتكر[١].

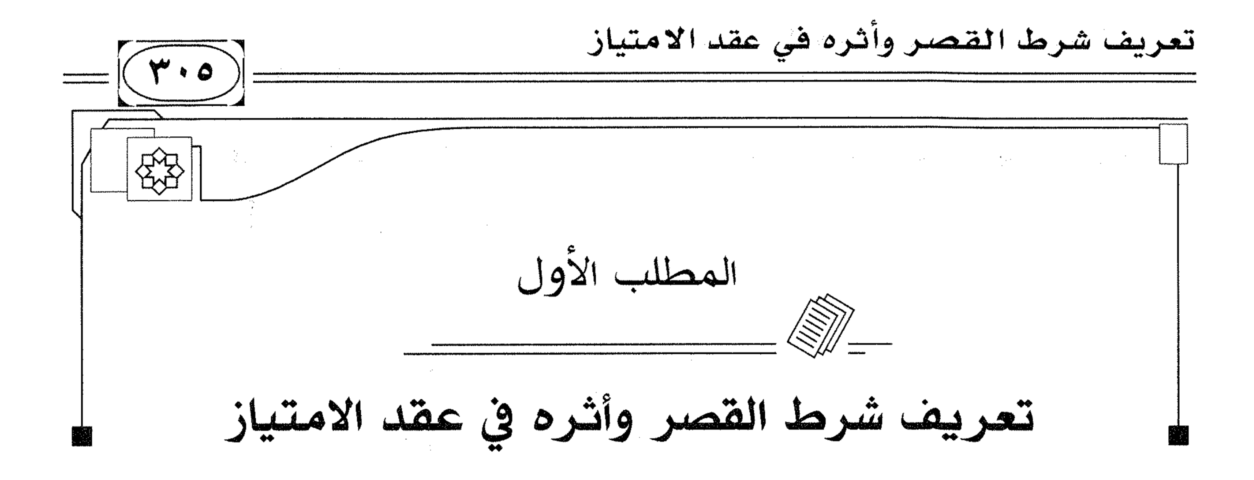
والغالب أن امتياز الخدمات تقوم به الدولة ومؤسساتها حماية للناس من احتكارات الجشعين، وذلك من واجباتها في حفظ النظام العام من العبث ودفع الضرر عن الناس. ولولا قيامها بهذا اللون من الامتياز لاتخذت منه الشركات الاحتكارية سبيلاً للغِنى الفاحش واللعب بمقَدَّرات الناس بما يتفق مع مصلحتها الخاصة فقط[٢].

---

(١) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٢٧؛ وشرح مسلم للنووي ١١/٤٣، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

(٢) انظر: الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي للدوري، ص٨٠، ٨١؛ وأحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي، د. أحمد الدريويش، ص٣٥٦.





المطلب الأول

تعريف شرط القصر وأثره في عقد الامتياز

شرط القصر هو: «التزام أحد طرفي العقد بالتعامل مع الطرف الآخر فقط في منطقته أو حدود معينة يتفقان عليها»[١].

ويكون ارتباط صاحب الامتياز بمانح الامتياز في عقد إنتاج السلع والخدمات بعقد يتبادل فيه طرفاه الالتزامات التي يتحقق من خلال الوفاء بها نجاح الطرفين في تحقيق أعلى قدر من المكاسب مع المحافظة على السمعة التجارية، وبناء الثقة لدى المتعاملين معهم.

فقد يكون هذا الالتزام متبادلاً بين طرفي عقد الامتياز[٢]، بأن يلتزم صاحب الامتياز للمانح بقصر التعامل في منطقته معه وحده مما يمكنه من التصرف في هذه المنطقة بصورة أكبر من حيث سعة التسويق والدعاية، وكذا تحديد السعر لهذه الخدمات أو السلع.

ويقابل ذلك التزام مانح الامتياز بشرط القصر مع صاحب الامتياز، ففي الغالب وخاصة قبل الانفتاح التجاري الحاصل، فإن صاحب الامتياز يلتزم بالاقتصار في عمله التجاري على التعامل مع مانح الامتياز، فيمتنع عن تقديم خدمات أو سلع منافسة لما يقدمه مانح الامتياز[٣].

---

(١) عقد الامتياز التجاري، للقنيطير، ص٢٦؛ وانظر: شرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٧، ٢٠٠.

(٢) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد حسن الجبر، ص١٠، مجلة العلوم الإدارية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، عام: ١٩٨٦م.

(٣) انظر: العقود التجارية، د. علي حسن يونس، ص١٦٦، ف: ١٢٠، (مصر: دار الفكر العربي، ١٩٧٠م).

ولذا فإن صاحب الامتياز في حال رغبته للتعاقد مع مانح امتياز آخر وتوزيع سلع أخرى، فإنه يضطر إلى القيام بذلك من خلال مشروع تجاري آخر مستقل عن المشروع المتعلق بمانح الامتياز الأول[١].

وشرط القصر في عقد الامتياز التجاري له أهمية بالغة لطرفيه، فإن مانح الامتياز حينما يشترط على صاحب الامتياز الاقتصار على التعامل معه، فإنه بذلك يضمن اجتهاده في توزيع سلعه وخدماته، وتفانيه في ذلك بشتى الوسائل لاقتصار نشاطه التجاري عليه[٢].

فهو حريص على نجاح مشروعه وكسب السوق من خلال جودة الأداء والتعامل وتطوير نشاطه بما يخدم هذه السلع.

كما يدفعه إلى فتح عدة فروع في منطقته لتلبية احتياجات المتعاملين معه ورفع عدد المستفيدين منه.

بالإضافة إلى أن هذا الشرط يطمئن مانح الامتياز إلى أن الخبرات والدراسات التي يزود بها صاحب الامتياز يمنع هذا الشرط منافسيه من منتجي السلع المشابهة من الاستفادة من ذلك في منافسته في السوق بتقديم السلع أو الخدمات المشابهة من خلال صاحب الامتياز الذي يرتبط معه.

وبالنسبة إلى صاحب الامتياز، فإن التزام مانح الامتياز بشرط قصر التعامل معه يجعله في مأمن من وجود منافسين في منطقته، وأن ما يبذله من تكاليف في الدعاية والإعلان أو الدراسات وغير ذلك يكون مردودها الاقتصادي عليه.

---

(١) انظر: نظام الوكالات التجارية السعودي، لعبد الله مرعي وأحمد موسى الحفناوي، ص٢٨، (القاهرة: مطابع الدار الهندسية، ط بدون، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م)؛ وعقد الترخيص التجاري، د. فايز نعيم رضوان، ص١٧٥؛ وعقد الامتياز التجاري، للقنيطير، ص٢٥؛ والامتياز التجاري، د. الجبر، ص١٠، بحث في مجلة العلوم الإدارية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول.

(٢) انظر: القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، للمستشار: أحمد منير فهمي، ص٥٢، ٦٤، م: ٨٦، ١٠٨، (مرامر للطباعة الالكترونية، ط بدون).



كما أن الشهرة التي ستنالها منتجات وخدمات مانح الامتياز وعلامته التجارية سيجني ثمارها، ولن يشركه في ذلك شخص آخر لم يشاركه في البذل والجهد[١].

ولا شك أن ذلك فيه تحقيقٌ لمصالح طرفي العقد، بالإضافة إلى ما يتحقق للمجتمع من تحسين في تقديم الخدمات للجمهور، كما أنه يلزم طرفي العقد بتوفير السلع والخدمات للجميع دون تمييز بين المتعاملين أو استغلال لظروفهم واحتياجاتهم، وللقضاء الرقابة على العقد وشروطه وتقدير ضرورتها[٢].

وللأجهزة الرقابية في الدولة المسلمة التدخل لا لإبطال عقد الامتياز أو شرط القصر فيه، وإنما لضبط الأسعار وتوفير السلعة للناس[٣]؛ لدفع الحرج عنهم ومنع الضرر الذي يوقعه احتكار سلعة ما تشتد حاجة الناس إليها[٤].

---

(١) انظر: شرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٨ ـ ٢٠٠؛ وعقد الترخيص التجاري، د. فايز نعيم رضوان، ص١٠٨.

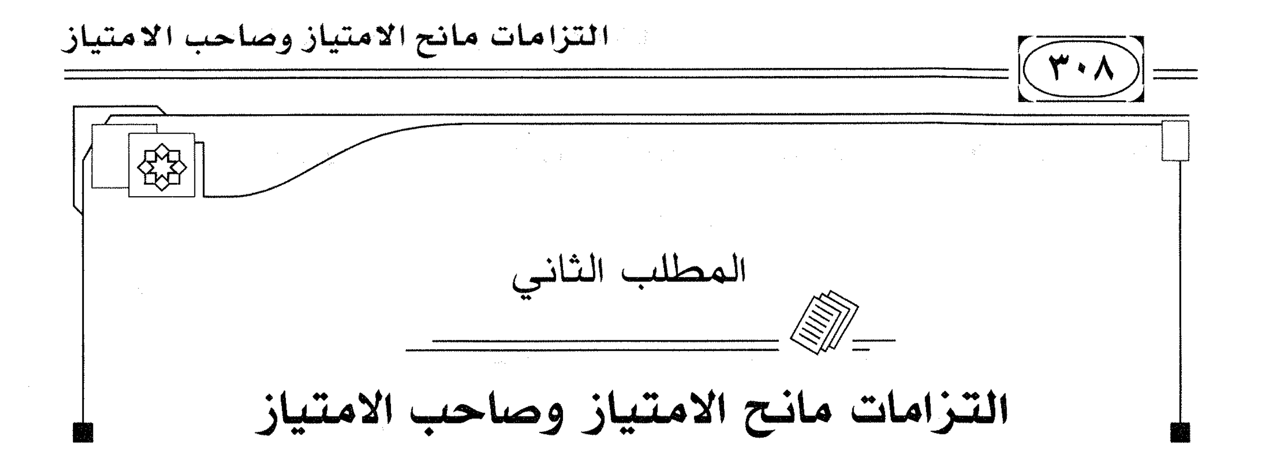
(٢) انظر: شرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٩، ٢٠٠؛ وعقد الامتياز التجاري، للقنيطير، ص٢٩، ٣٠. والوكالات التجارية في الفقه والنظام، د. عبد المحسن بن عبد الله الزكري، ص٥٧٨ ـ ٥٨٠ (المملكة العربية السعودية، دار الندوة العالمية، ط١، ١٤٢٣هـ).

(٣) انظر: أحكام السوق في الإسلام، د. أحمد الدريويش، ص٣٥٧.

(٤) انظر ما تقدم ذكره حول الاحتكار، ص٦٧ وما بعدها.







المطلب الثاني

التزامات مانح الامتياز وصاحب الامتياز

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: التزامات صاحب الامتياز تجاه مانح الامتياز.

المسألة الثانية: التزامات مانح الامتياز تجاه صاحب الامتياز.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

التزامات صاحب الامتياز تجاه مانح الامتياز

يرتب امتياز عقد إنتاج السلع والخدمات عدة التزامات على صاحب الامتياز، وتتفاوت هذه الالتزامات من عقد لآخر حسب ما يتفق عليه طرفا العقد، ويشترطه أحدهما على الآخر.

وغالباً ما تتمثل هذه الالتزامات التي يلتزمها صاحب الامتياز فيما يأتي(١):

١ ـ الالتزام بشراء كمية معينة من المنتجات سنوياً.

٢ ـ الالتزام بشرط القصر.

٣ ـ الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع.

٤ ـ الالتزام بالمشاركة في برامج التدريب والدعاية والإعلان العامة.

---

(١) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص١٥ ـ ١٩، بحث في مجلة العلوم الإدارية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول، والوكالات التجارية في الفقه والنظام، ص٥٨٦ وما بعدها.



٥ ـ الالتزام بالسعر المحدد للسلعة أو الخدمة محل العقد.

أولاً: الالتزام بشراء كمية معينة من المنتجات سنوياً:

يهدف مانح الامتياز الدخول في سوق صاحب الامتياز وترويج بضائعه فيها لتحقيق أعلى قدر من المبيعات والأرباح المترتبة على ذلك، ولذلك فإنه يشترط على صاحب الامتياز حداً أدنى للمنتجات التي يشتريها منه مقابل عدم تسويقها عن طريق تاجر آخر[١].

ويتم تحديد هذه الكمية بعد دراسة السوق ومعرفة احتياجاته، وتعد غالباً من قبل مانح الامتياز بمشاركة صاحب الامتياز قبل الدخول في العقد، ومن خلال مكاتب للدراسات الاقتصادية متخصصة في دراسة جدوى المشروع والمردود الاقتصادي المتوقع، والأسلوب الأمثل لتنفيذه والتكاليف المترتبة على ذلك.

وتكون هذه الدراسة على حساب صاحب الامتياز أو مناصفة بينه وبين مانح الامتياز.

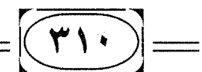
وفي حال امتياز تقديم خدمات يتم تقدير الرسوم بناءً على نسبة من الدخل العام لهذه المؤسسة الخدمية صاحبة الامتياز مقابل حملها لشعار وأسلوب مانح الامتياز، ودخولها في منظومته وشبكته التجارية العامة.

ويرتب عدم نجاح صاحب الامتياز في تسويق الحد الأدنى المتفق عليه من منتجات الامتياز أحقية المانح في البحث عن متلقي آخر لجعله موزعاً له في منطقة صاحب الامتياز، وذلك إما بإلغاء العقد مع صاحب الامتياز الأول أو جعله موزعاً إضافياً مع إعطاء الأول فرصة لتصحيح وضعه.

وهذا في حالة كون ضعف التسويق راجعاً إلى أسباب تعود إلى صاحب الامتياز، مثل: ضعفه في الدعاية والإعلان أو عدم مناسبة موقع مكاتبه التجارية وضعف العاملين ونحو ذلك.

---

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، لعبد الرحمٰن القنيطير، ص٣٢.

والفقه الإسلامي يستوعب مثل هذه الشروط والالتزامات إذ الأصل صحة الشروط ما لم تخالف أمراً ثابتاً في الشريعة[١].

واشتراط مانح الامتياز على صاحب الامتياز أن يشتري كمية معينة في السنة، والتي تكون غالباً مبنية على دراسات علمية للسوق شرط صحيح؛ إذ ليست فيه مخالفة للشريعة؛ لأن اقتصار مانح الامتياز على صاحب الامتياز في توزيع منتجاته في منطقته يجعل على عاتق صاحب الامتياز واجب الجد والحرص والمثابرة على تسويق أكبر قدر ممكن من هذه المنتجات، وتقصيره في ذلك يؤدي إلى كساد منتجات مانح الامتياز، وما ينتج عن ذلك من خسائر، حيث إن السلع غالباً ما يكون لها عمرٌ محدد، ويكون لاستهلاكها أمدٌ تنتهي إليه، ولو كانت أيضاً بدون أمد للاستهلاك فإنه يختلف ثمنها بحسب سنة إنتاجها.

فضلاً عن وجود سلع منافسة متطورة، كل هذا يؤدي إلى عزوف الناس عن تلك التي كان من المفترض بيعها خلال مدة محددة.

بالإضافة إلى أن نقص المبيعات في منطقة صاحب الامتياز يؤدي إلى ضعف السمعة التجارية لمانح الامتياز، وربما أدى إلى تشويهها بحيث يحتاج إلى سنوات لتصحيح أخطاء صاحب الامتياز وإعادة ثقة الناس بمنتجاته.

وبالتالي فإن هذا الشرط تتحقق منه مصالح لطرفي العقد وإخلال صاحب الامتياز فيه مضر بمانح الامتياز، ويخوله فسخ العقد أو التحلل من الالتزامات المقابلة له.

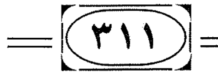
كما أن مانح الامتياز يستحق التعويض في حال إنتاجه لكمية من السلعة بناءً على اتفاقه في العقد مع صاحب الامتياز على شرائها؛ إذ إن غالب السلع وما حدث فيها من تطور، وما تحتاج إليه من إجراءات في الإنتاج والتصدير حتى وصولها لصاحب الامتياز يقتضي الاتفاق عليها أحياناً قبل عدة سنوات.

وبالتالي فإن الوعد الصادر من صاحب الامتياز بشراء هذه الكمية،

---

(١) انظر ما سيأتي حول مبدأ الأصل في الشروط، في ص٣٩٢.





والتزام المانح بإنتاجها له يرتب عليه تنفيذ التزامه بشراء هذه الكمية أو تعويض مانح الامتياز عما يصيبه من ضرر جراء ذلك الإخلال ما لم تكن الظروف خارجة عن إرادة الطرفين، كما في حال صدور أمر من حكومة المانح بعدم التصدير أو حكومة صاحب الامتياز بعدم الاستيراد.

وينص عادة في العقود على ما ينبغي أن يتخذ في مثل تلك الظروف والتبعة التي تقع على كاهل كل منهما. وغالباً يتمكن مانح الامتياز من تسويق تلك المنتجات من خلال شبكة التوزيع المنتشرة والتابعة له.

وهذا الالتزام هو الشائع في سائر معاملات التجار اليوم حيث يتفق صاحب الامتياز مع مانح الامتياز في عقد امتياز إنتاج السلع وتوزيعها على شراء بضائع وسلع محددة تسلم في آجال يتم تحديدها غالباً. وتُسلَّم قيمتها عند استلامها، وفي بعض الأحيان تسلم مقدماً، وهو ما يسمى اليوم بعقد التوريد[١].

ثانياً: الالتزام بشرط القصر:

هو عمل صاحب الامتياز داخل حدود المنطقة الجغرافية المحددة له، أو في الحدود المتفق عليها في عقد امتياز إنتاج السلع لتنوع شروط القصر في عقود الامتياز.

وقد تقدم الكلام عن شرط القصر وأهميته[٢]، ومع ذلك فليس هو من لوازم العقد إلا أن عقود الامتياز غالباً تتضمن هذا الشرط لإيجاد نوع من التكامل الاقتصادي، ووضع حدود للمسؤولية عن الالتزامات المترتبة على كل من أعضاء الشبكة، ومدى وفائه ونجاحه في ذلك[٣].

وهذا الشرط صحيح ـ إن شاء الله ـ في أصله، فإن للمتعاقدين وضع

(١) سيأتي ـ إن شاء الله ـ في المبحث السابع من هذا الفصل، الكلام عن صور امتياز عقد التوريد، التي يتم بها هذا النوع من التعامل، ص٤٦٩ وما بعدها.

(٢) انظر: المطلب الأول في هذا المبحث، ص٣٠٥.

(٣) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص١٢.







الشروط التي تحقق مصلحة مقصودة مشروعة لأحدهما أو لكليهما[١].

ثالثاً: الالتزام بتقديم خدمات ما بعد البيع:

من دواعي نجاح التسويق لأي سلعة أو خدمة ما، توفير الخدمات والأعمال المساندة لجودة تلك السلع وبقائها.

ومن أهم تلك الخدمات التي يلتزم بها صاحب الامتياز في غالب عقود توزيع السلع، وخاصة إذا كانت تلك السلع أجهزة أو معدات تحتاج إلى الصيانة والإصلاح ما يأتي:

١ ـ أن يلتزم صاحب الامتياز بتقديم الاستشارات الفنية والتدريب لزبائنه حول كيفية استعمال أو صيانة تلك المعدة أو الجهاز[٢].

٢ ـ كما يلتزم بإنشاء ورش للصيانة وخدمة العملاء، وتكون عادة منصوص على مواصفاتها في عقد الامتياز نفسه.

٣ ـ كما يلتزم صاحب الامتياز بإنشاء مستودعات لتخزين قطع الغيار وتوفيرها لزبائنه حتى يتمكن من تلبية طلبات العملاء باستمرار. وهذه المستودعات تكون عادة وفي أغلب الدول من الالتزامات التي تفرضها القوانين العامة على أي مانح للامتياز يرغب في تسويق سلعة داخل حدودها.

٤ ـ ومن الالتزامات التي يتضمنها عقد امتياز السلع تعهد صاحب الامتياز باحترام وثائق ضمان جودة المنتج وسلامته من العيوب.

ويترتب على ذلك تعهده بإصلاح العيوب أو استبدال السلعة بأخرى لزبائنه، وينص أيضاً في العقد على هذا الالتزام، وأن صاحب الامتياز يرجع

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٩/١٣٢، ٢٥٤ ـ ٢٥٨، حيث ذكر رحمه الله صوراً للامتياز وقصر البيع على أشخاص معينين لبيع سلع معينة، وكذا قصر البيع على أماكن لا يبع فيها غيرهم؛ والقواعد النورانية لشيخ الإسلام أيضاً، ص٢٥٦ ـ ٣٠٢.

(٢) انظر: القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد، ص٧٥، م: ١٢٩؛ والامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص١٧.



على مانح الامتياز بتكاليف ذلك أو أن تكون مضمنة لديه في تكاليف التسويق وتراعى في سعر السلع والخدمات.

وهذه الالتزامات التي على صاحب الامتياز ليست مقصورة على زبائنه ومن اشترى تلك السلعة عن طريقه، بل يلتزم أحياناً بتقديم هذه الخدمات لعموم المستفيدين من سلع المانح وخدماته بغض النظر عن صاحب الامتياز الذي تم تعاملهم معه ابتداءً.

ولا شك أن هذه الالتزامات تحقق المصلحة لجميع الأطراف في عقد امتياز إنتاج السلع والخدمات، والمستفيدين منه أيضاً، وما كساد بعض السلع في السوق إلا لافتقادها لبعض هذه المزايا رغم جودتها وشهرتها.

ويحق لمانح الامتياز الرجوع على صاحب الامتياز في حال إخلاله بهذه الالتزامات؛ لأنها تؤثر كثيراً على سمعة مانح الامتياز ومنتجاته، وكذا مستوى التسويق(١).

وهذه الالتزامات التي درج عليها التجار مما تجيزه الشريعة الإسلامية، ما دامت أنها لا تخالف أصلاً ثابتاً أو قاعدة معتبرة فيها، ويلزم الوفاء بها، بناءً على مبدأ حرية الشروط في العقود، وأن الأصل فيها الصحة والجواز(٢).

رابعاً: الالتزام بالمشاركة في برامج التدريب والدعاية والإعلان العامة:

إذ إن بعض السلع والخدمات تحتاج إلى ذلك لكسب السوق أمام المنافسة القوية من التجار الآخرين، ويتولى مانح الامتياز غالباً إقامة هذه البرامج والتخطيط لها لسائر أعضاء الشبكة، ويساهم كل عضو بجزءٍ من التكاليف لهذه البرامج، أو أنها تكون مشمولة أحياناً بالرسوم الدورية التي يأخذها مانح الامتياز من أصحاب الامتياز.

---

(١) انظر: الامتياز التجاري، د. الجبر، ص١٨.

(٢) انظر: القواعد النورانية لشيخ الإسلام ابن تيمية، ص٢٦١ وما بعدها، ت: د. أحمد بن محمد الخليل، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢هـ).



كما أن اللوحات الدعائية وما ينتجه المانح من أفلام دعائية وبرامج تعرض من خلال وسائل الإعلام المسموعة والمرئية يتولى كل صاحب امتياز مسؤولية عرضها في منطقته، وقد تكون تكاليف العرض على المانح أو على صاحب الامتياز حسب شروط العقد بينهما.

خامساً: الالتزام بالسعر المحدد للسلعة أو الخدمة محل العقد:

يضمن عقد إنتاج السلع والخدمات أحياناً نسبة الربح التي يجوز لصاحب الامتياز إضافتها لقيمة السلعة، وهي في الحقيقة ربح بيع وليست عمولة كما في الوكيل التجاري؛ لأن صاحب الامتياز يقوم بالشراء من المانح وتدخل هذه السلع في ملكه ومسؤوليته. وما يحققه من مبالغ زائدة عن التكاليف الحقيقية للسلعة هي أرباحه الناتجة عن عملية الشراء والبيع.

والسبب في تدخل مانح الامتياز في تحديد هامش الربح لصاحب الامتياز كحد أدنى أو أعلى، هو إحداث توازن واستقرار للسلعة أو الخدمة، والحد من جشع بعض أصحاب الامتياز أو دخولهم أحياناً في منافسة غير شريفة مع تجار آخرين في مناطق أخرى، بحيث يتجه الزبائن من تلك المنطقة إلى منطقة صاحب الامتياز الأقل سعراً، فتحديد نسبة الربح المعقولة فيها مصلحة لأطراف العقد وكذلك للزبائن الراغبين في الحصول على السلع التي ينتجها مانح الامتياز أو الخدمة التي يقدمها(١).

* المسألة الثانية *

التزامات مانح الامتياز تجاه صاحب الامتياز

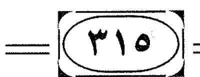
يقابل التزامات صاحب الامتياز التزامات مانح الامتياز، والتي تحقق نوعاً من التوازن لجانبي العقد وعنصر العدل الذي يقتضيه قصد الشراكة الاقتصادية وتحقيق النجاح بين أطراف العقد التجاري، وأهم الالتزامات التي تقع على عاتق مانح الامتياز عادة، هي:

---

(١) انظر: الامتياز التجاري، د. الجبر، ص٢٠، ٢١.







١ ـ الالتزام بتنفيذ العقود المبرمة مع صاحب الامتياز وفي مواعيدها المحددة وأماكن الاستلام والتسليم.

٢ ـ احترام حق صاحب الامتياز في التوزيع في منطقة امتيازه.

٣ ـ تقديم الاستشارات والمساعدات الفنية والتجارية.

٤ ـ الالتزام بالضمان للسلع والمنتجات وسلامة المعلومات الفنية والأجهزة.

أولاً: الالتزام بتنفيذ العقود المبرمة مع صاحب الامتياز وفي مواعيدها المحددة وأماكن الاستلام والتسليم:

إن التزام صاحب الامتياز بشراء وتسويق كميات محددة كحد أدنى، يقابله التزام الطرف الآخر بتزويده بهذه السلع، وحسب الكميات والمواعيد المتفق عليها وبالأسعار المحددة سلفاً أو بأسعار السوق حين التسليم.

فصاحب الامتياز يكون قد ارتبط مع زبائنه بعقود بيع أو خدمات تناسب ارتباطه مع مانح الامتياز، وأي إخلال من المانح يترتب عليه مباشرة الخلل في عقود صاحب الامتياز مع زبائنه وينتج عن ذلك أضرار يعود بها صاحب الامتياز على المانح.

وللمانح عدم تسليم هذه السلع حتى يتم تحصيل المقابل لها من صاحب الامتياز حسب الطريقة المتفق عليها بينهما لسداد قيمة تلك السلع.

ويلتزم مانح الامتياز بتسليم هذه البضائع والسلع في المكان المحدد للتسليم ويكون منصوصاً عليه، وهو إما من مستودعات المانح إلى صاحب الامتياز عن طريق الشركات الوسيطة للنقل والتوصيل، ويخلي مسؤوليته بتسليمها لمندوبي صاحب الامتياز، ومن فوضهم بالاستلام، أو يكون التسليم لدى مستودعات صاحب الامتياز، ويتحمل المانح المسؤولية عن السلع إلى حين استلام صاحب الامتياز لها في مستودعاته.

وقد يتفق الطرفان على أن يكون التسليم فيما بين ذلك؛ أي في ميناء المانح أو ميناء صاحب الامتياز أو من خلال مستودعات المانح في منطقة أو دولة أخرى.



والفيصل في جميع ذلك هو الاتفاق المنصوص عليه في العقد، الذي عادة ما يكون شاملاً لتفصيلات المعاملات الجارية بين طرفي العقد.

وجميع تلك المسائل مما يلزم بيانها وتحديدها في العقد منعاً للمنازعة بين الطرفين، وهي من الأوصاف اللازم بيانها لانتفاء الجهالة في المبيع على الصفة وإلا كان الاستدلال على ذلك بالقرائن، فيكون محل التسليم هو محل العقد، ونحو ذلك[١].

ثانياً: احترام حق صاحب الامتياز في التوزيع في منطقة امتيازه:

يلتزم مانح الامتياز عادة باحترام احتكار البيع أو ما يسمى شرط القصر الممنوح لصاحب الامتياز، ومقتضى هذا الشرط أن يجري المانح جميع الصفقات الواردة على منتجاته من خلال الموزع صاحب الامتياز.

وفي حال قيامه بالتعاقد مباشرة مع زبائن صاحب الامتياز يضمن له حقه من الربح أو العمولة حسب المتفق عليه في العقد.

كما أن المانح يلتزم بإلزام بقية أعضاء شبكة التوزيع باحترام كل منهم لمنطقة الآخر ويضمن احترام كل منهم للآخر.

ولا شك أن مانح الامتياز يملك غالباً، بل دائماً الوسائل الكفيلة بدفع أصحاب الامتياز إلى احترام تعهداتهم من خلال حقه في فسخ العقد إذا ارتكبوا مخالفة للعقد، أو تكون سلطته من خلال أسلوب فرض تعويض أو غرامة يتم تقديرها من لجان مختصة في شبكة الامتياز أطلق عليها اسم «لجنة احترام مناطق الامتياز»، مكونة من ممثلين عنه وعن أصحاب الامتياز، وذلك للنظر في موضوع التعديات وتقرير المبلغ المناسب الذي يلتزم بدفعه صاحب الامتياز المخالف للمتضرر، أو يكون التعويض من خلال التحكيم التجاري[٢].

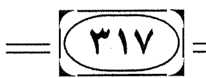
---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٣٥؛ والذخيرة للقرافي ٥/ ٢٦٣ ـ ٢٨٣؛ ومغني المحتاج ٢/ ١١٦؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١٢/ ٢٨٩.

(٢) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص٢١.







ويكون إلزام المانح لأصحاب الامتياز بذلك وطريقة تحديد مسؤولية كل طرف منصوص عليها في عقد الامتياز[١]، وأحياناً يحتفظ المانح لنفسه في العقد بحق إبرام بعض العقود، وهو ما يعرف بحق (البيوع المحجوزة)؛ أي حق القيام ببيع منتجاته مباشرة لبعض العملاء المنتمين لمنطقة امتياز صاحب الامتياز.

وغالباً يحتفظ المانح بهذا الحق في العقود الكبرى؛ كالعقود مع الإدارات الحكومية أو الأشخاص المعنوية الكبرى الذين يتقدمون مباشرة إلى مركز المانح الرئيسي، أو الذين يقومون بالشراء من المعارض السنوية التي يقيمها أو يشارك فيها المانح.

علماً أن صاحب الامتياز ينتفع من هذه العقود من خلال النسبة التي يمنحه إياها مانح الامتياز، أو من خلال قيامه بتقديم خدمات ما بعد البيع.

ويعتبر احتفاظه بحق إبرام العقود استثناءً من مبدأ القصر الذي يشكل الأساس الاقتصادي لعقد الامتياز[٢].

ثالثاً: تقديم الاستشارات والمساعدات الفنية والتجارية:

يرتبط مانح الامتياز مع أعضاء شبكة التوزيع برباط قوي يشدهم إليه ويعطيه قدراً أكبر من الهيمنة على أصحاب الامتياز.

وهو أيضاً في الحقيقة التزام يلتزم به تجاه صاحب الامتياز بموجب العقد المبرم بينهما. وذلك الرباط هو قدرة المانح الفنية والتجارية ونجاحه في عناصر المعرفة الفنية التقنية، وحاجة المتلقين أصحاب الامتياز إلى الحصول عليها من المانح.

فيجب على مانح الامتياز إسداء المساعدة الفنية لصاحب الامتياز بصفة مستمرة ومحددة، وهي التي تكفل له في المقابل الرقابة والسيطرة المستمرة على شبكة أصحاب الامتياز.

---

(١) انظر: عقد الامتياز التجاري، د. محمد محسن النجار، ص٥٩.
(٢) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص٢١.





وتتمثل المساعدة الفنية والاستشارات التي يقدمها مانح الامتياز فيما يأتي:

١ ـ مساعدة صاحب الامتياز في اختيار الموقع المناسب لمحلاته التجارية، ودراسة الجدوى لهذا الموقع، ونوعية المجتمع الذي سيقدم له صاحب الامتياز هذه السلعة أو الخدمات.

٢ ـ تزويده بتصميم للمحل التجاري سواء الخارجي أم الداخلي، ويشمل الألوان والتأثيث الداخلي للمحل مما يوفر على صاحب الامتياز الوقت والجهد والمال بالإضافة إلى أنه يقيه الاجتهادات المتعثرة في ذلك.

٣ ـ كما أن هذا الالتزام على كونه يحقق مظهراً جمالياً ومقبولاً للمحل إلا أن هذه المواصفات بمجموعها باتت تمثل سمة بارزة لمنتجات المانح وخدماته، وتشبه إلى حدٍّ ما العلامة التجارية والاسم التجاري الذي يمتلكه المانح ويميزه عن غيره، وتجعل محل صاحب الامتياز يتمشى ويتسق مع التخطيط والشكل والمظهر الموحد للشبكة.

٤ ـ نقل تقنيات الإنتاج والتخزين وضبط السلع أو الخدمات وحفظها إلى صاحب الامتياز، وهو من أهم العناصر الفنية التي يقدمها المانح للمتلقي لقاء دخوله عضواً في شبكة التوزيع.

٥ ـ مواعيد العمل وطريقة تنظيمه للعاملين في المحل التجاري لصاحب الامتياز، وتقديم الإرشادات والوسائل التي تحقق نجاح صاحب الامتياز في إدارة محلاته وموظفيه وقدرتها على تقديم أقصى قدر ممكن من الخدمة للزبائن.

٦ ـ تزويد صاحب الامتياز بآليات المحاسبة والفواتير والسجلات التي ينتج عنها ضبط صاحب الامتياز لأمواله ونشاطه التجاري محاسبياً، ويحقق للمانح أيضاً القدرة على معرفة الوضع المالي والتجاري لصاحب الامتياز. وأحياناً يحتاج إليها أيضاً للمحاسبة المالية مع صاحب الامتياز، خاصة في حال قيام المانح بتخفيض قيمة منتجاته أو خدماته لدى جميع أعضاء الشبكة أو لمحاسبته عن مسؤولية المانح عن الضمان

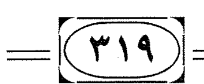
وإصلاح العيوب. ويحصل في بعض السلع أن يتم اكتشاف عيوب فيها، وبالتالي فإن صاحب الامتياز يستدعي الزبائن أو يخطرهم بأن من وجد في السلعة هذا العيب بمراجعته لإصلاحه ثم يرجع هو على المانح بتكاليف ذلك، ولذا فإن غالب المانحين وإن كانوا هم يلتزمون في العقد بتقديم هذه الخدمة إلا أنها في الحقيقة مطلب ضروري للمانح.

٧ ـ السياسات المتبعة في مجال المستخدمين وموظفي صاحب الامتياز، ويشمل تحديد فئاتهم والتكاليف الملقاة على عاتق كل منهم، والتوزيع الإداري والصلاحيات لكل منهم، وسلم الرواتب والمكافآت التي توقع على المخالف منهم إلى غير ذلك من الإجراءات والأنظمة المنسقة للعمل.

٨ ـ الضوابط المتبعة في اختيار العملاء، وطريقة التعامل معهم بحسب فئاتهم ونوعية الخدمات والتسهيلات لهذه الفئات. وأحياناً تتسع دائرة هذه التسهيلات والخدمات الخاصة بإيجاد نوع من التعاون التبادلي والتنسيق بين جميع أعضاء شبكة التوزيع لتقديمها لزبائن أيٍّ منهم من خلال بطاقة أو اشتراك معين بمجرد إبرازه لأحد من أصحاب الامتياز في المناطق الأخرى يحصل على تلك المزايا والتسهيلات.

٩ ـ إعداد برامج لتدريب وتأهيل موظفي صاحب الامتياز من خلال معاهد أو كليات أحياناً مملوكة للمانح ومتخصصة بنشاطه التجاري أو من خلال دورات وورش عمل دورية، كما يقوم مانح الامتياز بتزويد أصحاب الامتياز بالأنظمة الحديثة للمحاسبة أو مراكز المعلومات.

ويجدر التنبيه إلى أن عقود الامتياز التجاري تختلف من عقد إلى عقد في حجم هذه الالتزامات والتفصيلات التي يضمنها العقد بحسب نوع الخدمة والسلعة محل عقد الامتياز، والفيصل في ذلك هو العقد المبرم بين الطرفين الذي يحدد مسؤولية كل منهما.



رابعاً: الالتزام بالضمان للسلع والمنتجات وسلامة المعلومات الفنية والأجهزة:

يلتزم صاحب الامتياز لزبائنه بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية للمنتجات والسلع التي اشتراها هو من مانح الامتياز.

ومن ثم يلتزم المانح باعتباره بائعاً لهذه المنتجات بتغطية جميع المبالغ التي تكبدها صاحب الامتياز في مواجهة عملائه.

وفي بعض العقود يعفى المانح من مسؤوليته عن الضمان، وأن على صاحب الامتياز أن يأخذ في اعتباره عند تحديده لأسعار البيع للزبائن تكاليف هذه الإصلاحات للعيوب المتوقعة.

وهذا الأسلوب في التعامل مما يخفف من عبء المحاسبة بينهما، والتي يحصل فيها التنازع والاختلاف.

ومن الطرق التي يتخلص بها المانح من الضمان أحياناً أن يضع زيادة إضافية من المنتجات على الكميات التي يشتريها منه صاحب الامتياز لتغطية النسبة المتوقعة للأجهزة أو العينات التالفة من البضائع والسلع.

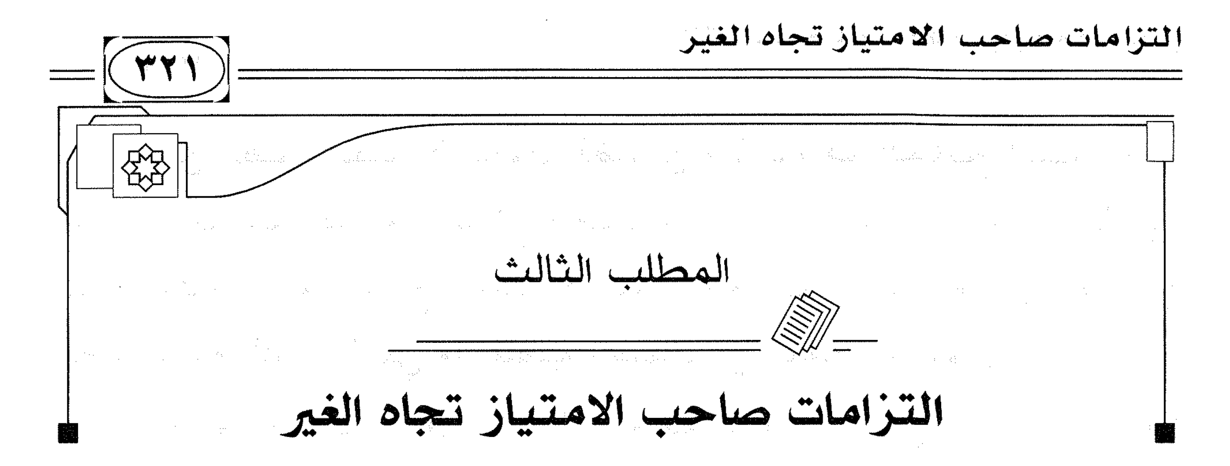
وهذه الالتزامات وغيرها مما يلجأ إليها أطراف عقود الامتياز التجاري لإيجاد التوازن الاقتصادي والعدل بينهم ولحفظ حقوقهم[(١)].

وهذه المقاصد وما وضع لها من ضوابط لحفظ الحقوق مما تعين عليه الشريعة الإسلامية، بل وتوجبها أحياناً لمنع الغرر والضرر، والتخفيف من حصول المنازعة المخالفة لمقصود الشرع من إقامة الحق والعدل، وبث روح التعاون بين الناس لما فيه سعادتهم في الدنيا والآخرة.

---

(١) انظر: عقد الترخيص التجاري، د. فايز نعيم رضوان، ص١٢٣؛ وعقد الامتياز التجاري، د. محمد النجار، ص٧١ ـ ٨٨؛ وشرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٩ ـ ٢٠٢؛ والامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص٢٢.





المطلب الثالث

التزامات صاحب الامتياز تجاه الغير

يقوم صاحب الامتياز بتسويق السلع أو الخدمات التي تلقاها من المانح في منطقته، ويتعاقد مع زبائنه عقوداً مستقلة تترتب عليها آثارها كاملة، ويكون هو المسؤول عن هذه الآثار أمام الغير الذي تعاقد معه.

ولذا فإن التزامات البائع وحقوقه التي نص عليها الفقهاء ـ رحمهم الله ـ في أحكام البيع تتعلق بصاحب الامتياز، فيلتزم بتسليم المبيع، وضمان العيوب والاستحقاق، ويبرأ المشتري بإقباضه الثمن. كما يصح من صاحب الامتياز سائر التصرفات التي جعلت للمالك، فيصح منه أنواع الخيارات والهبة والعارية وإبراء المشتري من بعض الثمن أو دركه[1].

وأما الضمان فإن صاحب الامتياز هو الضامن في الأصل أمام الغير ثم هو يرجع أو لا يرجع على المانح بحسب العقد المبرم بينهما، إلا أنه في حال تولي المانح للضمان مباشرة للغير، فإن صاحب الامتياز يُعْلِمُ المشتري بأن الضمان على البائع الأول، وهو المانح ويعطيه عقداً منه بذلك، وعادة ما يكون بطاقة يسجل عليها ضمان المانح، وعنوانه، والمعلومات المتعلقة بتمييز هذه البضاعة عن غيرها.

وفي هذه الحالة يرجع المشتري من صاحب الامتياز إلى المانح مباشرة من خلال مكاتبه الرئيسة أو المواقع التابعة له المخصصة لذلك، وأحياناً لدى صاحبِ امتيازٍ رئيسيٍ في المنطقة.

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٥ وما بعدها؛ والذخيرة للقرافي ٥/ ٢٠ وما بعدها؛ ومغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/ ٣ وما بعدها؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/ ١٦ وما بعدها.

ومن الصور أيضاً أن يكون الضامن مباشرة هو المانح أيضاً، وهو الملتزم بتكاليف الصيانة وإصلاح العيوب، ولكن من خلال أصحاب الامتياز الذين يلتزمون مع المانح بتقديم ذلك، ويجعل له أن يراجع أي عضو من أعضاء شبكة التوزيع لتلقي ما يقتضيه الضمان من خدمات وحقوق.

وجميع هذه الصور هي مما لا مانع فيه شرعاً، وللناس أن يوثقوا ويوفوا بالتزاماتهم بالطريقة التي يتراضون عليها دون غرر أو غش أو ربا.

وقد نص جمهور الفقهاء من المالكية(١) والشافعية(٢) والحنابلة(٣) على أن المشتري إذا وجد عيباً بالسلعة فله الخيار في ردها أو إمساكها وأخذ الأرش، وأنها إذا خرجت من ملكه بالبيع ثم ردت إليه بالعيب فله الرجوع على بائعه بذلك أيضاً.

وذهب الحنفية(٤) إلى أنه ليس له الرجوع على بائعه إذا خرجت من ملكه وإن عادت إليه بالعيب إلا إذا كان الرد بقضاءٍ، وأما إذا قَبِلَ الرد بغير قضاءٍ فليس له الرجوع على بائعه برد ولا أرش.

وعليه فإن المشتري من صاحب الامتياز يرجع عليه بأرش العيب إن كانت السلعة قد فاتت منه ببيع أو هبة ونحوها، وإن كانت في ملكه فله ردها إن شاء. ثم صاحب الامتياز يرجع على المانح بما تحمله من ضمان العيب، وإن كان صاحب الامتياز باع السلعة على الغير ثم اكتشف أن فيها عيباً، فإنه يلزمه إخطار المشتري به. وهذا من الأمانة الملزم بها شرعاً ونظاماً ثم هو يرجع على المانح بذلك.

أما إذا لم يتحمل أرشاً ولا غيره للمشتري، فرجوعه على المانح بضمان العيب أيضاً هو مذهب الإمام أحمد رحمه الله(٥) على ما تقدم، وله وجه من

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٥/ ٧٢.

(٢) انظر: حاشية قليوبي وعميرة ٢/ ٢٠١.

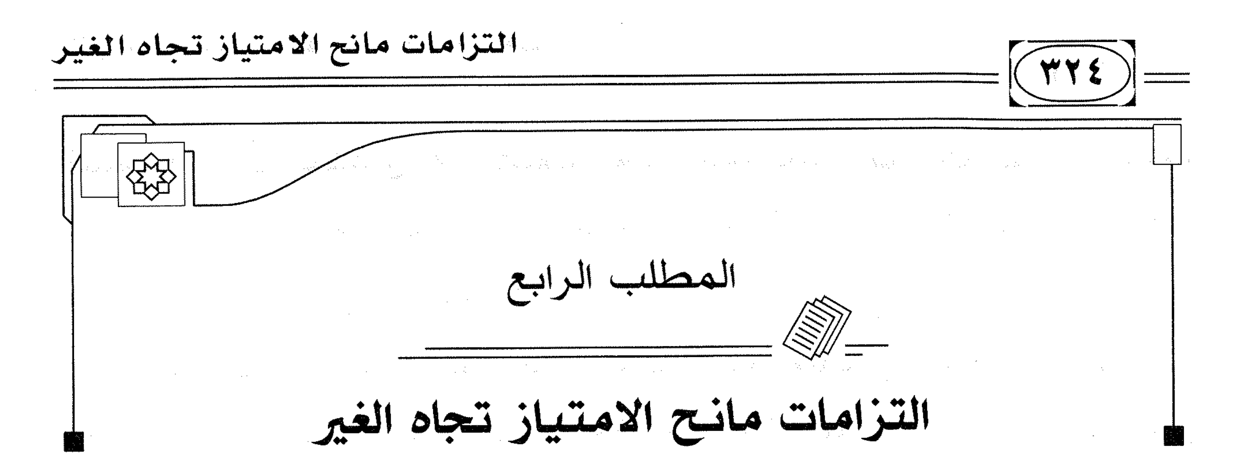
(٣) انظر: الإقناع لطالب الانتفاع، لأبي النجا الحجاوي، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٨هـ).

(٤) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٢١. (٥) انظر: الإقناع للحجاوي ٢/ ٢١٨.

القياس؛ إذ إن المشتري إذا اكتشف العيب فيما بعد، فهو وإن لم يرد السلعة أو يأخذ أرشاً، فإنه سينفره وينفر غيره من معاملة صاحب الامتياز مما يؤثر سلباً على ثقة الزبائن وإقبالهم عليه.

كما أن صاحب الامتياز حينما ملك السلعة ملك في الحقيقة معها أرش العيب، فخروجها من يده لا يسقط حقه فيه مع احتمال أن المشتري لما علم بالعيب ترك الأرش لصاحب الامتياز لمعرفته به ورغبته في بقاء حسن التعامل معه أو غير ذلك من الأسباب، ولا صلة له بالمانح حتى يترك الأرش له، مما يترجح معه أحقية صاحب الامتياز بالأرش عن العيب، ولو لم ترد له السلعة أو لم يتحمل أرشه للغير، والله أعلم.





المطلب الرابع

التزامات مانح الامتياز تجاه الغير

يرتبط الغير مع شبكة الامتياز، ويتحصل على السلع والخدمات التي يقدمها المانح من خلال تعاقده مع صاحب الامتياز، وليس لمانح الامتياز أي صفة في العقد المبرم بينهما.

وتأسيساً على ذلك فإن المانح يكون أجنبياً عن العقد المبرم مع الغير، وليس بينهما أي علاقة أو صفة تخول لأحدهما مساءلة الآخر عن آثاره.

فالمطالبة بضمان العيب أو تسليم المبيع والخصومة في ذلك تكون في مواجهة صاحب الامتياز الذي باشر العقد مع الغير ثم هو يرجع على المانح حسب العقد المبرم بينهما.

هذا هو الأصل، وهو ما قرره الفقهاء[1] ـ رحمهم الله ـ إلا أن العقد المبرم من صاحب الامتياز مع الغير إذا تضمن التزام المانح مباشرة بضمان العيب أو التسليم، أو أن هذا الالتزام كان تضامنياً بين أعضاء شبكة التوزيع والمانح، ففي هذه الحالة تقوم العلاقة بين الغير وبين المانح بناءً على عقد الكفالة بينهما.

فإذا ضمن المانح للغير مباشرة ما كان ضامناً لصاحب الامتياز بموجب العقد بينهما، فإن ذلك صحيح شرعاً ولازم قضاء.

بل إن العقد المبرم بين صاحب الامتياز والغير قد يتضمن أحياناً التزام المانح بالعهدة والضمان وإبراء صاحب الامتياز من ذلك.

---

(١) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١٦٩؛ والذخيرة للقرافي ٩/ ٢٠٣؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٩٨؛ والإقناع للحجاوي ٢/ ٣٤٤.



وفي هذه الحالة ينتقل الضمان والمسؤولية إلى المانح، وليس للغير مطالبة صاحب الامتياز بما أبرأه منه والتزمه المانح، ولأن هذا الضمان هو في الأصل مرجعه إلى المانح فالتزامه به مباشرة مع الغير وإبراء صاحب الامتياز منه صحيح[(١)].

وهذا الالتزام المباشر من المانح أو منه مع أعضاء شبكة التوزيع سبب من أسباب إقدام صاحب الامتياز للدخول ضمن هذه الشبكة لارتباط ذلك غالباً بشهرة وكفاءة تلك السلع والخدمات وثقة الغير بها وإقباله عليها.

فالمستهلك يتوق إلى التعامل مع مقدمي السلع والخدمات التي تتصف بالعالمية ويمكنه الحصول عليها أو على خدمات ما بعد البيع، وتكون هذه الخدمات المقدمة بعد البيع من أعضاء الشبكة على مستوى واحد من الكفاءة والجودة.

وفي هذه الصورة يكون الضمان عائداً مباشرة إلى المانح ويتحمل تكاليفه لأعضاء الشبكة، وهم إذا التزموا بتقديمها فبمثابة الوكيل الكافل للمانح.

وقد نصت بعض الأنظمة التجارية في بعض الدول على هذا التضامن والالتزام من المانح أو صاحب الامتياز أمام الغير، فيكون هذا الالتزام من المانح بضمان السلع التي ينتجها وتحمل علامته التجارية من النظام العام، ولا يمكنه الاتفاق مع صاحب الامتياز على أن يعفى المانح منه، فهو من النظام العام ولا يمكن إلغاؤه[(٢)].

بينما أغفلت أنظمة أخرى إلزام المانح بهذا الضمان وجعلته متعلقاً بصاحب الامتياز، ولصاحب الامتياز والمانح جعل ذلك في العقد المبرم بينهما ليتمكن صاحب الامتياز من الرجوع على المانح بما تحمله من نفقات تتعلق بالصيانة والضمان.

---

(١) انظر: الامتياز التجاري، د. محمد الجبر، ص٢٢؛ وشرح العقود التجارية، د. سميحة القليوبي، ص١٩٩؛ وعقد الامتياز التجاري، للقنيطير، ص٥٨، ٥٩.

(٢) انظر: عقد الامتياز التجاري، د. محمد النجار، ص١١٠.

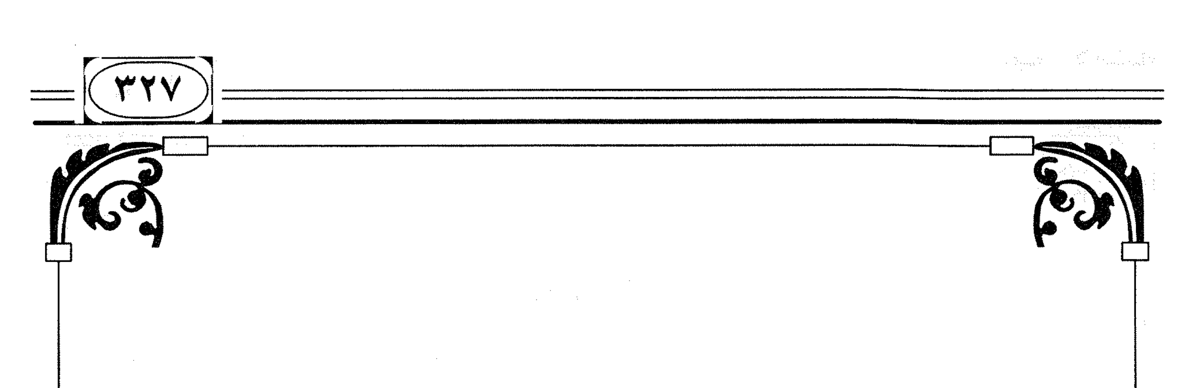




وهذه الصور من المعاملات تتفق مع أحكام البيع والضمان في الفقه الإسلامي؛ لأن القاعدة في ذلك أن المسؤولية في العقود تتعلق بالمباشر ما دام أنه يمكن تحميله إياها، وأن الغير لا علاقة له بالمانح ما لم يكن هناك التزام مباشر من المانح للغير بتحمل الضمان أو غيره من خدمات ما بعد البيع.

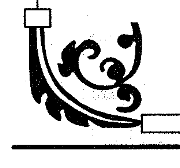
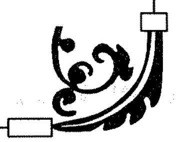




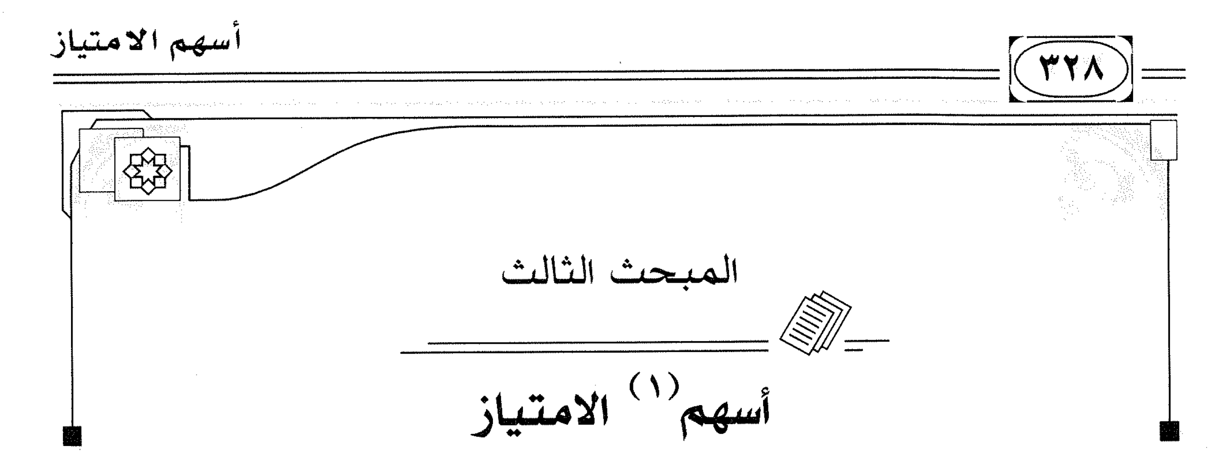


المبحث الثالث

أسهم الامتياز





المبحث الثالث

أسهم[1] الامتياز

للأسهم أنواع مختلفة باعتبارات متعددة، إذ تختلف أحكامها تبعاً لتفاوت أنواعها.

• فتتنوع الأسهم من حيث الحصة التي يدفعها الشريك إلى ثلاثة أنواع[2]: أسهم نقدية، وأسهم عينية، وأسهم تأسيسية.

---

(١) الأسهم: جمع سهم، وله في اللغة معانٍ كثيرة ترجع جميعها إلى أصلين ذكرهما ابن فارس في معجم مقاييس اللغة، مادة: «سهم» ٣/ ١١١، حيث قال: «السين والهاء والميم أصلان: أحدهما يدل على تغيُّر في لون، والآخر على حظ ونصيب وشيء من أشياء...». اهـ.

انظر: أساس البلاغة، مادة: «سهم»، ص٢٢٣؛ والقاموس المحيط، مادة: «سهم»، ص١٤٥٢.

والأسهم في الاصطلاح:

هي: «صكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة لا سيما حقه في الحصول على الأرباح».

وقيل: السهم: «صك يمثل نصيباً عينياً أو نقدياً في رأس مال الشركة، قابل للتداول، يعطي مالكه حقوقاً خاصة».

انظر: شركات المساهمة، د. أبو زيد رضوان، ص١٠٨، (دار الفكر العربي، ط بدون، ١٩٨٣م)؛ والأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. أحمد الخليل، ٤٦، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٤هـ)؛ ودليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، لبيت التمويل الكويتي، ص١٧٧.

وراجع تعريفات أخرى للأسهم في كتاب: الشركات في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز الخياط ٢/ ٩٤، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٨هـ).

(٢) انظر: القانون التجاري، شركات الأموال، لمصطفى طه، ص٦٨، (مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٨٢م)؛ وبورصة الأوراق المالية لعلي شلبي، ص٣٧، (مصر: مكتبة =

• وتتنوع من حيث الشكل إلى ثلاثة أنواع أيضاً[(١)]: أسهم اسمية، وأسهم لحاملها، وأسهم للأمر.

• وتتنوع من حيث الاستهلاك وعدمه إلى نوعين[(٢)]: أسهم رأس المال، وأسهم التمتع.

• وتتنوع من حيث القيمة إلى أربعة أقسام[(٣)]: القيمة الاسمية للسهم، وقيمة الإصدار، والقيمة الحقيقية، والقيمة السوقية.

• وتتنوع من حيث التداول إلى نوعين[(٤)]: أسهم ضمان، وأسهم تداول.

= النهضة المصرية، ط١، ١٩٦٢م)؛ والشركات التجارية، د. محمد بابللي، ص٢٠٠، (المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية، ط بدون)؛ والمعاملات المالية المعاصرة، د. شبير، ص١٦٤؛ وسوق الأوراق المالية، د. عطية فياض، ص١٧٨، (القاهرة: دار النشر للجامعات، ط١، ١٤١٨هـ)؛ والخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، د. علاء الدين زعتري، ص٥٠٧، (دمشق: دار الكلم الطيب، ط١، ١٤٢٢هـ).

(١) انظر: الشركات لعلي حسن يونس، ص٥٤٠، (دار الفكر العربي، ط بدون)؛ والشركات للخياط ٢/٩٦؛ وسوق الأوراق المالية، د. فياض، ١٨٢، ١٨٣؛ والمعاملات المالية المعاصرة، د. شبير ص١٦٤؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٠٨؛ ودراسات شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة، د. الشنقيطي ٢/٦٦١؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد صبري هارون، ص٢٢٤، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ).

(٢) انظر: شركات الأموال، د. مصطفى طه، ص٦٩، ٧٠؛ والشركات التجارية، د. محمد بابللي، ص١٨٧؛ والشركات، د. الخياط ٢/٩٧؛ وسوق الأوراق المالية، د. فياض، ص١٨٤ ـ ١٨٦؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد صبري هارون، ص٢٣٢ ـ ٢٣٤؛ وأسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي، د. أحمد محيي الدين أحمد، ص١٢٥، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط١، ١٤١٥هـ).

(٣) انظر: شركات الأموال لمصطفى طه، ص٦٥؛ والشركات للخياط ٢/٩٥؛ وأحكام الأسواق المالية، د. هارون، ص٢٣٠ ـ ٢٣٢؛ والمعاملات المالية المعاصرة، د. شبير، ص١٦٤.

(٤) انظر: شركات الأموال، د. مصطفى طه، ص٨١؛ والأسهم والسندات، د. الخليل، ص٦٢.

• وأخيراً تتنوع الأسهم من حيث حقوق أصحاب الأسهم إلى نوعين[١]: أسهم عادية، وأسهم امتياز.

وهذا النوع هو المراد بحثه في هذه الرسالة.

الأسهم العادية:

هي التي تتساوى في قيمتها، وتخول المساهمين حقوقاً متساوية، فهي تعطي حاملها الحقوق العادية المترتبة للمساهم دون أي امتيازات[٢].

وحكم هذه الأسهم، أنها أسهم مباحة، ويجوز إصدارها، فصاحب السهم العادي شريك بطريقة شرعية، لا محذور فيها؛ لأن الأسهم إنما تمثل حصة الشريك في الشركة، وهذه الحصة هي التي تعطي صاحبها الحق في الربح وغيره، وما دامت الأسهم متساوية في قيمتها الاسمية، فليس لأي سهم الحق في زيادة الربح[٣].

وأما أسهم الامتياز:

فهي تلك الأسهم التي تخول أصحابها حق الحصول على مزية كأولوية في قبض ربح معين، أو أولوية في استرداد ما دفع من رأس المال عند التصفية، أو أولوية في الأمرين معاً، أو أية مزية أخرى لا تتوفر لأصحاب

---

(١) انظر: شركات المساهمة، ص١١٧؛ والشركات، د. الخياط ٢/٩٦، ٩٧؛ وسوق الأوراق المالية، ص١٨٧ ـ ١٨٩؛ وبحث الأسواق المالية، د. القره داغي في مجلة المجمع الفقهي، العدد: السابع/١/١١٣؛ وأحكام الأسوق المالية، د. هارون، ص٢٢٧؛ ودليل المصطلحات الفقهية الاقتصادية، لبيت التمويل الكويتي، ص١٧٨، ١٧٩.

(٢) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/٩٦؛ والاستثمار بالأسهم في السوق السعودي، د. عيد الجهني، ص٤٢، (مطابع الشريف، ط بدون).

(٣) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/٢٢٢؛ وأحكام الأسواق المالية، ص٢٢٧، ٢٢٨؛ وبحث الأسواق المالية د. القره داغي في مجلة المجمع الفقهي، العدد: السابع ١/ ١١٣؛ وأحكام السوق المالية، د. محمد الشريف في مجلة المجمع الفقهي العدد: السادس/ ٢/ ١٢٩٦.

الأسهم العادية[١].

وإذا كان هناك أسهم ممتازة فلا يجوز إصدار أسهم جديدة تكون لها الأولوية عليها إلا بموافقة جمعية خاصة مكونة من أصحاب الأسهم الممتازة الذين يضارُّون من هذا الإصدار، وبموافقة جمعية عامة[٢] مكونة من جميع

---

(١) انظر: الشركات، د. محمد بابللي، ص١٨٤؛ والشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٢؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد هارون، ص٢٢٧؛ والمعاملات المالية، د. شبير، ص١٦٥.

(٢) تشتمل الشركات المساهمة على ثلاثة أنواع للجمعيات العمومية بيانها فيما يأتي:

١ ـ الجمعية العمومية التأسيسية:

عند انتهاء المؤسسين من إجراءات الاكتتاب في رأس المال، والوفاء بالمبالغ الواجب دفعها فعليهم بعد ذلك أن يوجهوا الدعوة إلى عقد جمعية تأسيسية، تضم جميع المساهمين، مهما كانت نوع حصصهم، وذلك من أجل التصديق على القانون النظامي للشركة، والوقوف على صحة الإجراءات التي اتبعت في تأسيسها. كذلك من أعمال هذه الجمعية تعيين أول مجلس إدارة للشركة، ويحصل كثيراً أن يعين المؤسسون أول مجلس إدارة للشركة، ويظل الأمر خاضعاً لمصادقة الجمعية العمومية التأسيسية، والتي غالباً ما توافق على ما قرره المؤسسون تقديراً لجهودهم في إنشاء الشركة وتأسيسها.

٢ ـ الجمعية العمومية العادية:

وأعضاؤها في الأصل جميع المساهمين، لكن لنظام الشركة أن يبين من له حق حضور الجمعيات العامة للمساهمين. ويجب أن تنعقد الجمعية العمومية للمساهمين مرة على الأقل في كل سنة، في المكان والزمان الذين يعينهما النظام، وذلك لسماع تقرير مجلس الإدارة عن نشاط الشركة ومركزها المالي، وتقرير المراقب وتحديد حصص الأرباح التي توزع على المساهمين ونحو هذا. فهي يناط بها الإشراف على سير الشركة واتخاذ القرارات التي تخرج عن اختصاص مجلس الإدارة.

٣ ـ الجمعية العمومية غير العادية:

وهي الجمعية التي تتولى تعديل نظام الشركة، وهذا هو اختصاصها الوحيد، ولهذا فهي لا تنعقد إلا إذا دعت الحاجة إلى إجراء هذا التعديل، وهي غير عادية؛ لأن تعديل نظام الشركة ليس إجراءً دارجاً، ولكن تقتضيه ظروف خاصة.

انظر: الوسيط في الشركات، د. علي حسن يونس، ص٣٥٠، ٣٥١، ٤٨٩، ٤٩٣، (دار الفكر العربي، ط بدون)؛ وبورصة الأوراق المالية لعلي شلبي، ص٤١، ٤٢؛ والأسهم والسندات، د. الخليل، ٥٥، ٥٦.

فئات المساهمين، ما لم ينص نظام الشركة على غير ذلك[١].

سبب إصدار أسهم الامتياز:

تصدر أسهم الامتياز لأحد سببين:

أحدهما: أن تحتاج الشركة لزيادة رأس مالها، فتصدر هذا النوع من الأسهم لحث الجمهور على الاكتتاب في الأسهم الجديدة، وغالباً ما تكون أعمال الشركة غير مقبولة عند الجمهور، فتلجأ إلى هذا النوع من الأسهم الممتازة ترغيباً للجمهور وحثاً لهم على المشاركة.

الثاني: تقديم امتيازات لحملة الأسهم القديمة (أو بعضهم) مكافأة لهم على ما بذلوه في سبيل إنجاح الشركة، وذلك بتحويل أسهمهم العادية إلى أسهم امتياز، مراعاة لهذه المصلحة[٢].

ومما سبق يتبين أن الأسهم الممتازة قد تصدر من جديد أو تكون أسهماً اعتيادية وتحول إلى الامتياز[٣].

ولهذه الأسهم الممتازة أنواع بحسب الحقوق الممنوحة لصاحب السهم الممتاز، فمنها ما هو جائز، ومنها ما هو محرم، وسأذكر هذه الأنواع مع بيان حكمها الشرعي، كما يأتي:

أولاً: أسهم امتياز الأولوية، وهي أربعة أنواع:

النوع الأول:

الأسهم التي تخول أصحابها أولوية في الحصول على الأرباح، فتخصص مثلاً نسبة ٥٪ من الأرباح، ثم يوزع باقي الأرباح بالسوية على المساهمين، ومنهم أصحاب الأسهم الممتازة.

وهذا النوع من الأسهم ينبني حكمه على مسألة زيادة الربح لأحد

---

(١) انظر: الشركات، د. محمد بابللي، ص١٨٥.

(٢) انظر: الشركات، د. محمد بابللي، ص١٨٤، ١٨٥؛ وسوق الأوراق المالية، د. فياض، ص١٨٧.

(٣) انظر: الأسهم والسندات، د. الخليل، ص٥٥، ٥٦.

الشركاء بدون مقابل ـ من عمل أو مال ـ وهذا لا يجوز عند أحد من فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية.

إذ يرى الحنفية[(١)] والحنابلة[(٢)] أن يكون الربح على قدر رأس المال بحسب النسبة. ويجوز عندهم أن يتفاضل الربح مع تساوي رأس المال، لكن بشرط أن يكون العمل عليهما أو على أحدهما؛ لأن الزيادة تكون في مقابل زيادة العمل؛ لأنه قد يكون أحد الشريكين أحذق وأتقن للعمل، فيستحق الزيادة في الربح لذلك، وفي غير هذه الأحوال لا تجوز الزيادة في الربح؛ لأن هذه الزيادة لا تستحق إلا بمال أو عمل.

أما المالكية[(٣)] والشافعية[(٤)] والظاهرية[(٥)] فهم أضيق مسلكاً من الحنفية والحنابلة؛ لأنهم يشترطون أن يكون الربح على قدر المالين، ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في رأس المال، ولو وجد زيادة عمل من أحد أطراف الشركة.

وحاصل هذا أن الزيادة في الربح مع تساوي المال والعمل منهما لا تجوز عند الفقهاء، والنوع الأول من الأسهم الممتازة ما هو إلا زيادة في الربح لأصحاب الأسهم الممتازة بلا مقابل من زيادة مال أو عمل، فلا يجوز إصدار هذا النوع من الأسهم الممتازة[(٦)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٦٥؛ وشرح فتح القدير ٦/ ١٨٣.

(٢) انظر: المغني ٧/ ١٣٨؛ ومعونة أولي النهى في شرح المنتهى لابن النجار ٤/ ٦٩١، (بيروت: دار خضر، ط١، ١٤١٥هـ).

(٣) انظر: بداية المجتهد ٢/ ٢٥٣؛ والقوانين الفقهية، ص١٨٧.

(٤) انظر: التهذيب في الفقه الشافعي للبغوي ٤/ ١٩٧، ت: عادل عبد الموجود وَ علي معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ)؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٤/ ٦٧.

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ٨/ ١٢٤، م: ١٢٤١.

(٦) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٢؛ والأسهم والسندات، د. الخليل، ص١٧٩، ١٨٠؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد هارون، ص٢٢٩؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٠٨؛ والربا في المعاملات المصرفية المعاصرة، د. عبد الله بن =

ويرى بعض القانونيين[١] أن هذا الاستناد إلى هذه الأدلة غير مسلَّم؛ لأن نظام الأسهم الممتازة بنسبة من الأرباح قبل التوزيع، لا يزيد في تكييفها القانوني والشرعي على كونها حالة يتفق فيها الشركاء على تقسيم الأرباح بنسبة تختلف عن نسبة رأس المال، قائلاً: وهذا جائز عند جمهور الحنفية والحنابلة. . . فضلاً عن أن هذا الامتياز لا يؤدي إلى قطع الشراكة في الربح؛ إذ إنه ليس محدداً بمبلغ معين، بل بنسبة مئوية.

«وهذا الكلام مردود؛ لأن الحنفية والحنابلة. . .أجازوا التفاوت بين الشركاء بنسبة تختلف عن حصص رأس المال إذا كان ذلك بسبب التفاوت في الخبرة والعمل، وليس مطلقاً، فإن زيادة الربح في هذه الحالة كانت بسبب زيادة العمل.

كما أن أخذ أصحاب الأسهم الممتازة نسبة مئوية لا مقطوعة لا يغير من طبيعة الحكم، فهي أرباح من غير جهد ولا عمل.

ويمس هذا النظام مبدأ المساواة الذي تقوم عليه الشركة، مما يجعل الامتياز جوراً منافياً للعدالة»[٢].

النوع الثاني:

الأسهم التي تخول أصحابها الحصول على فائدة سنوية ثابتة، سواء ربحت الشركة أم خسرت.

ولا خلاف بين الفقهاء في تحريم اشتراط دراهم مسماة من الربح[٣]، بل هذا النوع من الأسهم أعظم في مخالفة شرع الله؛ لأنه يستحق مبلغاً من المال

= محمد السعيدي ١/ ٧٠٤، (الرياض: دار طيبة، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

(١) هو: د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، في كتابه النظام القانوني للبنوك الإسلامية، ص١٢١، ١٢٢.

(٢) أثر إصدار الشركات المساهمة الأسهم الممتازة على صناديق الاستثمار، د. وهبة الزحيلي، ص٤١٩، ٤٢٠، وهو بحث ضمن كتابه المعاملات المالية المعاصرة.

(٣) انظر: الإجماع لابن المنذر، ص٩٨، ت: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، (قطر: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤٠٧هـ)؛ وشرح فتح القدير ٦/ ١٨٣؛ والمغني ٧/ ١٤٥.

ولو لم تربح الشركة، بل سيكون ذلك من رأس المال، وفي ذلك ضرر للمساهمين الآخرين وظلم لهم وبخس لحقوقهم، ولا شيء أبعد عن العدل من هذا النوع من الأسهم. قال تعالى: ﴿وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ﴾ [الأعراف: ٨٥]، وقال تعالى: ﴿فَوَيْلٌ لِّلَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْ عَذَابِ يَوْمٍ أَلِيمٍ﴾ [الزخرف: ٦٥]، وقال ﷻ: ﴿وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْمًا﴾ [طه: ١١١]، وقال ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»(١).

ولذا لا إشكال في تحريم إصدار مثل هذا النوع من الأسهم(٢).

النوع الثالث:

الأسهم التي تخول أصحابها استعادة قيمة الأسهم بكاملها عند تصفية الشركة قبل سائر المساهمين، وتوزيع ما بقي من الأرباح على أصحاب الأسهم العادية.

وهذا النوع من الأسهم لا يجوز إصداره، وهو محرم شرعاً؛ لأن المساهمين إذا كانوا متساوين في رأس المال والعمل، فلا يجوز إعطاء بعضهم من الحقوق ما ليس للآخرين؛ لأن هذا ينافي العدل.

ولأن الشركة تقوم على المخاطرة، فإما ربح وإما خسارة، والخسارة

---

(١) رواه الإمام مالك في «موطئه»، كتاب: الأقضية، باب: القضاء في المرفق ٢/ ٧٤٥، برقم: ٣١؛ والإمام أحمد في «مسنده» ١٠/ ٣١١، ٥/ ٣٢٧؛ وابن ماجه في «سننه»، كتاب: الأحكام، باب: من بنى في حق ما يضر بجاره، برقم: ٢٣٤٠؛ والحاكم في «مستدركه»، كتاب: البيوع، برقم: ٢٣٤٥، وقال: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه»، وقال الذهبي: «على شرط مسلم»، والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ٢٨٨؛ والبيهقي في «سننه الكبرى»، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار ٦/ ٦٩.
وحسنه النووي في «الأربعين» ٢/ ٢٠٧ مع جامع العلوم والحكم، حيث قال: «حديث حسن... وله طرق يقوي بعضها بعضاً».اهـ؛ وصحح أحمد شاكر إسناده من حديث عبادة بن الصامت في «تحقيقه للمسند» برقم: ٢٨٦٧؛ والألباني في «الإرواء» برقم: ٨٩٦، وفي «سلسلة الأحاديث الصحيحة» برقم: ٢٥٠.

(٢) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٣؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد هارون، ص٢٢٩؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٠٨.





تكون من رأس المال، فإذا ضمن لأصحاب هذه الأسهم حق استرجاع قيمتها كان ذلك منافياً لمعنى الشركة[١].

وقد اتفق الفقهاء على أن الوضيعة أو الخسارة على قدر رأس المال، قال ابن قدامة رحمه الله[٢]: «لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم».اهـ.

وهنا ربما أخذ أصحاب الأسهم الممتازة كل مال الشركة عند الخسارة، ولا يبقى لسائر المساهمين شيء، فلا يجوز إصدار هذا النوع من الأسهم.

النوع الرابع:

هي الأسهم التي تعطي المساهمين القدامى الحق في الاكتتاب قبل غيرهم عند إرادة زيادة رأس المال، ولا محذور شرعي في هذا النوع من أسهم الامتياز؛ لأن للمساهمين الحق في عدم إدخال شريك جديد معهم، بل تظل الشركة منحصرة فيهم، وهذا النوع لا يميز بعض الشركاء عن بعض، وفي الجملة يتفق مع قواعد الشريعة[٣].

«ولا يصح أصلاً أن تطرح أسهم جديدة للاكتتاب إلا بموافقتهم في الجمعية العمومية التي تتكون منهم، والشرع يقرر أن الشركة تنعقد بالإيجاب والقبول، فإذا أرادوا توسيع أعمال الشركة فلهم أن يقرروا ذلك بأن يزيدوا من رأس المال منهم أو من بعضهم أو أن يدخلوا شركاء جدد، وتنعقد شركة جديدة فلهم أن يجعلوا حق الأولوية لهم أو لبعضهم في امتلاك الأسهم الجديدة امتيازاً لهم، كما أن حق الشفعة حق مقرر في الشرع وهو هنا حق للمساهمين القدامى في أن يكونوا أولى من غيرهم بشراء الأسهم الجديدة»[٤].

---

(١) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٣؛ والأسواق المالية، د. القره داغي، العدد: السابع/ ١/ ١١٣، بحث في مجلة المجمع الفقهي؛ وأحكام الأسواق المالية، د. هارون، ص٢٣٠؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٠٩.

(٢) المغني ٧/ ١٤٥.

(٣) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٤؛ وسوق الأوراق المالية، د. الفياض، ص١٨٨، ١٨٩؛ والأسهم والسندات، د. الخليل، ص١٨١.

(٤) الشركات، د. الخياط ٢/ ٢٢٤؛ وانظر: أحكام الأسواق المالية، د. محمد هارون، =



ثانياً: الأسهم ذات الأصوات المتعددة:

وهي الأسهم التي تعطي صاحبها أكثر من صوت في الجمعيات العمومية، وهذا فيه ما في الأسهم الأولى من التفاوت في الحقوق، لا مبرر له شرعاً، بل ينافي العدالة المطلوبة شرعاً في المعاملات[(١)]، فيكون غير جائز؛ لأن المفروض تساوي الشركاء في الحقوق المستحقة لهم، كما أنهم متساوون في الواجبات الملقاة عليهم، ومن هذه الحقوق التساوي في الأصوات بحسب الأسهم.

ولا يقال: إن لهذا الامتياز فائدة في جعل الوطنيين في الشركة أصحاب أغلبية في الرأي في الجمعية العمومية، فإن الدولة تستطيع أن تضع من القوانين ما يكفل سيطرة مصلحة البلاد وهيمنة أبنائها على اقتصادهم ويمنع تحكم الأجانب في اقتصاد البلاد[(٢)].

وأما القول بأن هذا الامتياز ليس في نطاق الحقوق المالية وإنما يعود إلى الجوانب الإدارية والإشراف على العمل، «فقول مردود؛ لأن الضرر يجب أن يزال أياً كان نطاقه فضلاً عن أن هذا فيه إخلال بمبدأ تساوي الشركاء في الحقوق ومنه التساوي في الأصوات بحسب الأسهم»[(٣)].

وقد قررت هذا الحكمَ المتقدمَ عن الأسهمِ الممتازةِ هيئاتُ الرقابةِ الشرعيةِ في المصارف الإسلامية، ومؤتمرات هذه المصارف، ومنها:

الندوة الثانية للأوراق المالية بالبحرين في تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٩١م، حيث نصت قراراتها على أنه لا يجوز شرعاً تخصيص الأسهم الممتازة بأولوية في الربح في جميع الأحوال، أو أولوية الاسترداد عند

= ص٢٣٠؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٠٩؛ وبحث الأسواق المالية، د. القره داغي، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: السابع/١/١١٥.

(١) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/٢٢٣؛ وأحكام الأسواق المالية، د. محمد هارون، ص٢٣٠؛ والأسهم والسندات، د. الخليل، ص١٨١.

(٢) انظر: الشركات، د. الخياط ٢/٢٢٣، ٢٢٤.

(٣) سوق الأوراق المالية، د. عطية فياض، ص١٨٨.






التصفية[١].

وكذلك أيضاً ندوة البركة السابعة عشرة للاقتصاد الإسلامي جدة ٧ ـ ٨ رمضان ١٤٢٠هـ/ ١٥ ـ ١٦ ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٩م، في شأن «أثر إصدار الشركات المساهمة لأسهم ممتازة على صناديق الاستثمار الإسلامية»، حيث جاء في نص القرار (١٧/ ٤):

«أ ـ يحرم التعامل بالأسهم الممتازة التي يكون لأصحابها الأولوية على أصحاب الأسهم العادية في استحقاق الربح، باشتراط نسبة محددة من قيمة الأسهم؛ لأن اشتراط الربح لهم بتلك النسبة يخالف مقتضى الشركة، إذ قد يقطع الاشتراك الربح.

وكذلك تحرم الأسهم الممتازة التي تكون لأصحابها الأولوية عند التصفية بالبدء برد قيمة الأسهم إليهم؛ لأن ذلك يخالف مقتضى الشركة بتحمل المساهمين الخسارة بنسبة مساهماتهم.

ب ـ الأسهم الممتازة لها شبهٌ بالمشاركة؛ لكون نسبة الربح المحددة من قيمتها لا تعطى إلا في حالة تحقق الربح، ويتحمل أصحابها ما يقع من خسارة خلال قيام الشركة؛ لأن أولويتها في التصفية تأتي بعد أولوية أصحاب القروض، ولها شبهٌ بالقروض الربوية بسبب تحديد ربحها بنسبة ثابتة من قيمتها بدلاً من التحديد بنسبة شائعة من الربح، ووجود الضمان لقيمتها في معظم الحالات.

وبسبب شبهها بالقروض الربوية ـ وهو أغلب الشبهين ـ كانت محرمة، وتعامل معاملة القروض، فتضم قيمة الأسهم الممتازة إلى القروض التي هي على الشركة، ويمتنع التعامل بأسهم الشركة العادية إذا كانت قيمة الأسهم الممتازة والقروض مجتمعين تزيد عن ٣٠٪ من قيمة أصول الشركة طبقاً لما تقرر في الندوة الرابعة عشرة للبركة.

---

(١) انظر: الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية، د. عبد الستار أبو غدة ١/ ٨١، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط١، ١٤١٤هـ).



ج ـ تجوز الأسهم الممتازة التي لا يملك أصحابها حق التصويت (حق الإدارة)، لأن أصحابها تنازلوا عن حقهم في التصويت.

وكذلك تجوز الأسهم الممتازة التي يكون لأصحابها حق الاسترداد بالقيمة السوقية خلال فترات محددة؛ لأن ذلك أمر إجرائي لا يخالف مقتضى الشركة.

وكذلك يجوز أي امتياز إجرائي ليس فيه أولوية بالربح أو التصفية»[1].

وتأكد هذا الحكم وأبرم في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٣ (١/٧) في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ ـ ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق ٩ ـ ١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م، ونص هذا القرار:

«لا يجوز إصدار أسهم ممتازة، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح. ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية»[2]. اهـ.

---

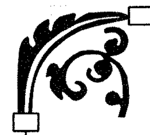
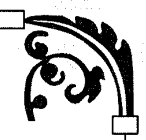
(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ١٤٠٣هـ ـ ١٤٢٢هـ/ ١٩٨١م ـ ٢٠٠١م، جمع وتنسيق وفهرست: د. عبد الستار أبو غدة وَ د. عز الدين محمد بن خوجة، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط٦ للندوات العشرين، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م).

(٢) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، ص١٣٦، (دمشق: دار القلم، ط٢، ١٤١٨هـ).


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الطريف
NEW & EXCLUSIVE



المبحث الرابع

امتياز شركات التنقيب والتعدين

ويشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول: نطاق العمل بعقد الامتياز.

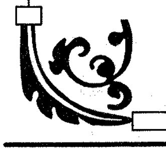
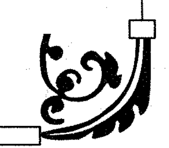
المطلب الثاني: كيفية منح عقد الامتياز.

المطلب الثالث: طبيعة عقد الامتياز.

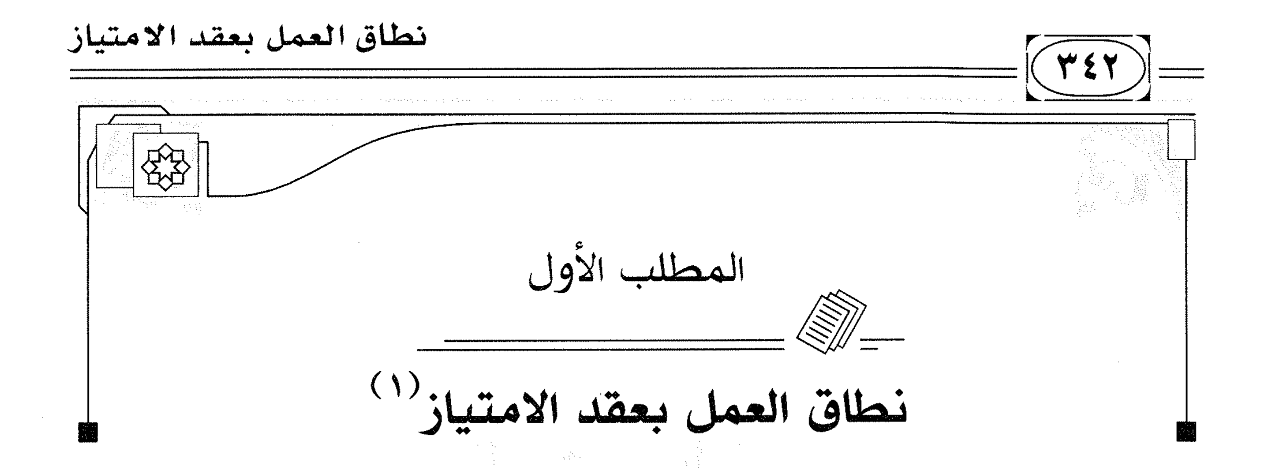
المطلب الرابع: مزايا وعيوب عقد الامتياز.

المطلب الخامس: آثار عقد الامتياز.

المطلب السادس: دراسة تطبيقية للامتيازات البترولية والتعدينية.





المطلب الأول

نطاق العمل بعقد الامتياز(١)

الأصل أن تتولى الدولة توفير المرافق العامة للمواطنين، ولكن ليس بالضرورة أن تقوم هي بإدارتها أو حتى بإنشائها.

صحيح أن الذي جرى عليه العمل في الماضي أن تدار المرافق العامة من قبل السلطة الإدارية، وأن الأفراد أو الشركات لا تتدخل في إدارة المرافق العامة، ولكن حصل تغير تجاه هذا العرف في الآونة الأخيرة لسببين رئيسين:

السبب الأول: عدم قدرة الدولة مالياً على إنشاء وتشغيل المرافق العامة.

السبب الثاني: إن القطاع الخاص أكفأ من الحكومة في القيام بهذا الدور.

ولذا يعد عقد الامتياز أحد الطرق أو الوسائل التي يمكن أن تستخدمها الحكومة لتوفير المرافق العامة.

فعقد الامتياز ينحصر في بعض المرافق العامة التي تتميز بما يطلق عليه الاقتصاديون (الاحتكار الطبيعي)؛ أي الحالة التي يكون فيها من المصلحة «الكفاءة الاقتصادية» وجود منتج وحيد للخدمة العامة (أي أن تكون المنافسة

---

(١) يُعَدُّ امتياز شركات التنقيب والتعدين من الامتيازات التي تمنحها الدولة للشركات الخاصة، بخلاف الامتياز التجاري الذي سبق الحديث عنه، حيث يكون بين الشركات الخاصة.
ولهذا سيقتصر الكلام في هذا المبحث على عقد الامتياز الذي يكون بين الدولة والشركات الخاصة تمهيداً للدراسة التطبيقية في المطلب السادس منه عن الامتيازات النفطية والتعدينية. مع الإشارة إلى أن ما سيرد في المطالب هنا من الأول إلى الخامس عامٌّ يشمل جميع الامتيازات الحكومية سواء المتعلقة بالتنقيب والتعدين في هذا المبحث أو المرافق العامة في المبحث التاسع من هذا الفصل.

فيها غير مرغوبة اقتصادياً)، وهذه في حالات محدودة، مثل: توفير مرافق الماء، والكهرباء، والهاتف، والمرافق الصناعية، والتجارية، والزراعية، والثروات الطبيعية[١].

ولا يتصور من ناحية أخرى أن يرد عقد الامتياز على مرافق إدارية[٢]؛ ذلك أن الخدمات التي تقدمها هذه المرافق هي خدمات مجانية أو مقابل رسوم رمزية قد لا تغطي حتى كلفة تقديمها، ومن الطبيعي ألا يقدم الأفراد أو الشركات على إدارة المرافق العامة إلا عندما تكون خدمات هذه المرافق لها عائد مادي، وهو ما يتوافر في خدمات المرافق العامة الصناعية، والتجارية، والثروات الطبيعية، وبعبارة أشمل: المرافق ذات الطابع الاقتصادي[٣].

ومع اعتبار ذلك، إلا أنه يمكن للحكومة أن تعطي الامتياز لشركة خاصة، ولو لم يكن المرفق مربحاً للشركة، بشرط أن تلتزم الحكومة بتقديم حوافز من إعانات نقدية أو عينية تجعل عقد الامتياز مربحاً للقطاع الخاص.

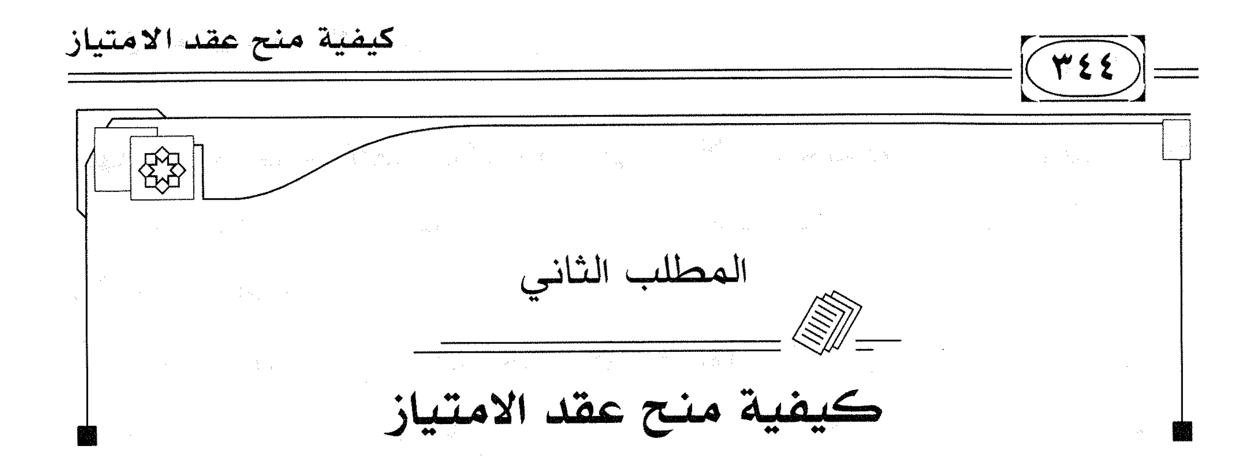
---

(١) انظر: القانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص١٨١؛ والقانون الإداري، د. محمد فؤاد عبد الباسط، ص٨٩٩، (الإسكندرية: دار الفكر العربي، ط بدون).

(٢) انظر: الدولة ووظيفتها الاقتصادية في الفقه السياسي الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ، د. عبد اللطيف الهميم، ص٣٨٢، (عمّان: دار عمار للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٤م).

(٣) انظر: أعمال السلطة الإدارية، د. محمد فؤاد عبد الباسط، ص٤٩٥، (الإسكندرية: دار الفكر العربي، ط بدون)؛ وعقد الامتياز ـ دراسة مقارنة ـ إعداد: خالد بن محمد الزومان، ص٣٢، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ.





المطلب الثاني

كيفية منح عقد الامتياز

سأبين في هذا المطلب الملامح العامة لصفة منح عقد الامتياز في الأنظمة والقوانين لا سيما النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية[١].

إن عقد الامتياز في الحقيقة عقد كسائر العقود، فهو يخضع لمبدأ حرية التعاقد، فصاحب الامتياز لا يرتبط بإدارة المرفق إلا بإرادته الحرة، فلا يتم العقد إلا بموافقته، وتظهر إرادة الطرفين في وثيقة الاتفاق مقترنة بدفتر الشروط الذي يبين بشكل مفصل حقوق والتزامات الطرفين، وقواعد تنظيم المرفق وتشغيله، ويُعَدُّ دفتر الشروط جزءاً لا يتجزأ من العقد[٢].

وتُعِدُّ الدولة غالباً أنموذجاً موحداً يتضمن شروط العقد، وحقوق الطرفين، يتم تطبيقه على الامتيازات كافة في موضوع معين، كما هو الحال في امتيازات التعدين.

أما بالنسبة لاختيار صاحب الامتياز، فإن الدولة لا تلتزم باتباع أسلوب معين في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز، بخلاف بقية العقود الإدارية التي حُدِّدَ لها طرق معينة لاختيار المتعاقد معها[٣]. فالدولة تتمتع في اختيار

---

(١) أما بيان الحكم الشرعي في طرق منح عقد الامتياز، فسيأتي الكلام عنه ـ إن شاء الله ـ في المطلب السادس من هذا المبحث في ص٤٠٥.

(٢) انظر: دروس في القانون الإداري، د. عبد الفتاح حسن، ص٢٩٦، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ط١، ١٣٩٤هـ)؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٣٥.

(٣) انظر: أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق ـ دراسة مقارنة، د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، ص١٣٧، (ط بدون، ١٩٩٤م)؛ ووسائل تعاقد الإدارة المناقصات والمزايدات والممارسة، لحسين درويش، ص٥ وما بعدها، (مكتبة الأنجلو المصرية، ط٢، ١٩٦٥م).

المتعاقد في عقد الامتياز بسلطة تقديرية واسعة، لا يحدها سوى عدم الانحراف بالسلطة[(١)].

قد تقتضي المصلحة في عقد الامتياز أن يتم اختيار المتعاقد عن طريق الاتفاق المباشر وعدم استخدام أسلوب المناقصة، وذلك لأنه في عقد الامتياز تعهد الدولة إلى صاحب الامتياز بإدارة مرفق عام؛ أي أن هذا النشاط نشاط يشبع حاجة عامة، وكان من المفترض أن تقوم الدولة بإدارته بنفسها لولا أنها قدرت أن من المصلحة أن يدار بأسلوب الامتياز، لذلك وجب أن تكون لها الحرية الكاملة في اختيار الشخص أو الشركة التي تطمئن إلى أمانتها وقدرتها ـ من الناحيتين المالية والفنية ـ على تنظيم المرفق وتشغيله، وإذا استطاعت الحكومة أن تحدد متطلبات التنفيذ الفنية بشكل دقيق فالأفضل أن يتم الطرح بأسلوب المناقصة تجنباً للفساد الإداري.

أما الاعتبارات الربحية من وراء منح الامتياز فإنها تأتي في الدرجة الثانية[(٢)].

وأما ما يتعلق بالأمور الإجرائية في منح الامتياز، فإن عقد الامتياز لا يمنح إلا بموجب نظام يصدر بأمر ملكي، بعد دراسته من قبل مجلس الشورى، وإقراره من قبل مجلس الوزراء.

وقد نص على ذلك في النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم م/٢٣ وتاريخ ٢٦/٨/١٤١٢هـ، الذي تضمن «أن جميع الثروات التي أودعها الله في باطن الأرض أو ظاهرها أو في المياه الإقليمية أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة وجميع موارد تلك الثروات ملك للدولة، وفقاً لما يبينه النظام»[(٣)].

ثم بين النظام بعد ذلك عدم جواز منح امتياز إلا بموجب نظام، حيث قال: «لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، لعبد الله الوهيبي، ص٣٦، (الرياض: مطابع الحميضي، ط١، ١٤٢٢هـ).
(٢) انظر: دروس في القانون الإداري، د. عبد الفتاح حسن، ص٢٩٦، ٢٩٧.
(٣) المادة (١٤) من النظام المشار إليه.

بموجب نظام»[١].

وبيَّن نظام مجلس الوزراء الصادر بالأمر الملكي رقم أ/ ١٣ وتاريخ ٣/ ٣/ ١٤١٤هـ، أن الامتيازات تصدر وتعدل بموجب أوامر ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء، حيث قال: «مع مراعاة ما ورد في نظام مجلس الشورى تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، وتعدل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الوزراء»[٢].

وبيَّن نظام مجلس الشورى الصادر بالأمر الملكي رقم أ/ ٩١ وتاريخ ٢٧/ ٨/ ١٤١٢هـ، أن الامتيازات تصدر وتعدل بموجب أوامر ملكية بعد دراستها من مجلس الشورى، فقد جاء في هذا النظام: «تصدر الأنظمة، والمعاهدات، والاتفاقيات الدولية، والامتيازات، وتعدل بموجب مراسيم ملكية بعد دراستها من مجلس الشورى»[٣].

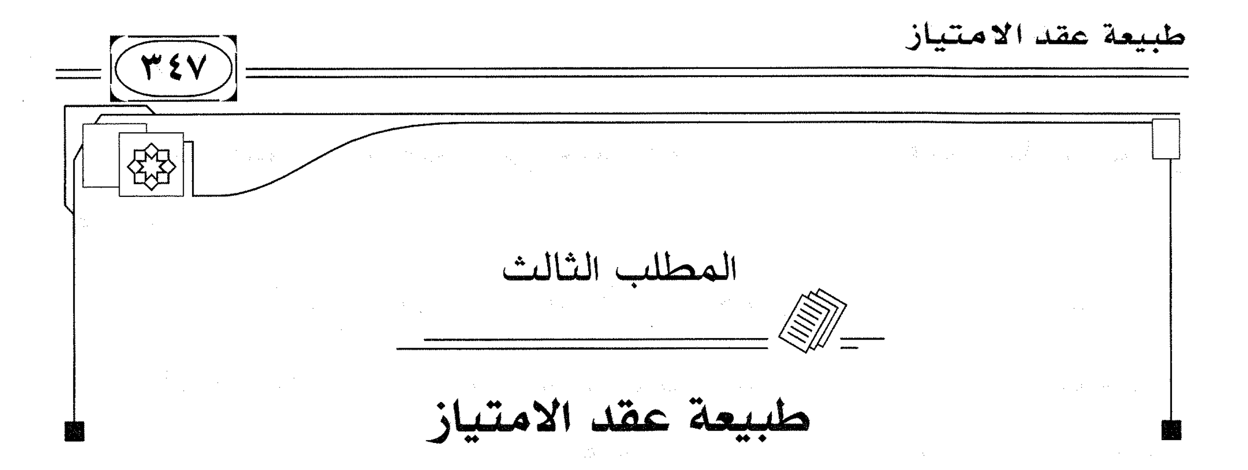
أما بالنسبة لمدة منح الامتياز، فقد بين نظام التعدين الصادر بالأمر الملكي رقم م/ ٢١ وتاريخ ٢٠/ ٥/ ١٣٩٢هـ، أن الامتياز يمنح لمدة مبدئية لا تتجاوز ثلاثين سنة، ويكون لصاحب الامتياز ـ إذا لم يكن مخلّاً بالتزاماته ـ الحق في تجديد أو تمديد المدة عند انتهائها لفترة إضافية لا تتجاوز عشرين سنة، وذلك مع عدم الإخلال بأحكام النظم التي تكون نافذة عند طلب التجديد أو التمديد بالنسبة لمنح امتيازات من النوع ذاته. ويجري التمديد بقرار من مجلس الوزراء[٤].

وبناء على ما تقدم فإن منح الامتياز في المملكة يتم بموجب نظام يصدر بذلك على غرار الأنظمة الأخرى إلا أنه ليس هناك نظام عام في المملكة ينظم الأحكام الموضوعية التي يجب التقيد بها في عقود الامتياز كما هو الحال في بعض الدول[٥].

---

(١) المادة (١٥) من النظام المشار إليه.
(٢) المادة (٢٠) من النظام المشار إليه.
(٣) المادة (١٨) من النظام المشار إليه.
(٤) المادة (٢٠) من النظام المشار إليه.
(٥) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، للوهيبي، ص٣٧.





المطلب الثالث

طبيعة عقد الامتياز

اختلفت النظرة إلى طبيعة عقد الامتياز في اعتباره عقداً من عقود القانون المدني أو أنه عمل إداري من جانب واحد يتوخى مصلحة عامة، إذ يعطى بقانون لا بمرسوم أو بقرار(١).

لقد كان عقد الامتياز حتى بداية القرن العشرين يُعَدُّ عقداً من عقود القانون المدني يخضع لأحكامه، لكنهم رجعوا عن هذا الرأي بعد أن تبينوا خطأه، وأثبتوا أن عقد الامتياز عند وضع قواعدِ تنظيمِ خدمةٍ عامة، وتسييرها، إنما يكون له صفة تنظيمية وتشريعية، وهو يضع قانون الخدمة، فهو في حالة طبيعية تنظيمية، لا تعاقدية(٢)، وظهر لهم أن هذا العقد يتميز بميزات خاصة أهمها حق صاحب الامتياز بمباشرة بعض امتيازات السلطة العامة مثل شغل الأملاك وتحصيل رسوم المنتفعين، ولهذا عُدِلَ عن هذا الرأي، وقام مقامه معنى عصري مفاده القول بأن الامتياز عمل قانوني مركب(٣)، أو ذو طبيعة مزدوجة، فهو ضمن الحدود والشروط التعاقدية، إنما يشكل عقداً، وأما فيما يتعلق بالشروط التنظيمية فهو يشكل ما يسمى بالعقد المشروط أو العمل المشروط.

---

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص١٥٠؛ والقانون الإداري، لزهدي يكن، ص٧٢٢، ٧٢٣؛ وعقود الـ B.O.T، لمحمود محمد فهمي، ص٧٠، ٧١، بحث في كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم.

(٢) انظر: عقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١٢٥، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥.

(٣) انظر: القانون الإداري، لزهدي يكن، ص٧٢٢، ٧٢٣.

ومع هذه الازدواجية يبقى عقد الامتياز بحد ذاته عقداً إدارياً يتوخى مصلحة عامة[١].

ومزيداً لإيضاح ذلك فإن عقد الامتياز يحتوي على نوعين من الشروط:

النوع الأول: شروط تعاقدية تحكمها قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، وهي الشروط التي لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، بل تخضع لأحكام القانون المدني فلا يجوز نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وهي شروط يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولت استغلال المرفق بنفسها[٢].

ومن أمثلة ذلك، الشروط المتعلقة بمدة الامتياز، وكيفية استرداده، وكذا الأعباء المالية المتبادلة التي تقع على عاتق الفريقين[٣].

النوع الثاني: شروط تنظيمية أو لائحية أو استثنائية، وهي التي تتعلق بتنظيم المرفق العام وبسيره، وعلاقته بالمنتفعين، والرسوم التي يجب تحصيلها من الأفراد مقابل الانتفاع بخدمات المرفق؛ لأن المرفق العام يحتفظ بطبيعته حين يدار عن طريق الامتياز[٤].

فدفتر الشروط يشتمل على مجموعة من النصوص التي تنظم أركان

---

(١) انظر: عقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١٢٦، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٤٤؛ والعقود الإدارية لأنس جعفر، ص٦٦، ٦٧؛ والدولة ووظيفتها الاقتصادية، د. عبد اللطيف الهميم، ص٣٨٢.

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. سليمان الطماوي، ص٩٧؛ ودراسات في نظرية العقد الإداري، د. عزيزة الشريف، ص٧٦؛ والاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، د. عباس حسني محمد، ص٤٥٩، (جدة: مكتبات عكاظ، ط١، ١٤٠٤هـ)؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T ـ البناء ـ التشغيل ـ نقل الملكية، د. صالح بكر الطيار، ص٢٩ ـ ٣٠، (بيروت: مركز الدراسات العربي ـ الأوروبي، ط١، ٢٠٠٠م).

(٣) انظر: القانون الإداري، لزهدي يكن، ص٧٢٤.

(٤) انظر: العقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٦؛ وعقود الـB.O.T، لمحمود محمد فهمي، ص٧١.

الاستغلال وتحدد شروط سير المرفق، فالشروط الخاصة بامتياز مرفق النقل ـ مثلاً ـ توضح تعرفة الأسعار، وعدد العربات التي ستؤمن نقل المسافرين بمواعيد معينة تتفق مع حاجة المنتفعين، فهذه النصوص تنظيمية بطبيعتها، وهي ليست تعاقدية؛ لأنها نصوص لا يقتصر أثرها على صاحب الامتياز، وإنما تتجاوزه إلى المنتفعين بالمرفق(١).

وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تستطيع التعديل في دفتر الشروط وفقاً لمقتضيات المصلحة أثناء عقد الامتياز، شريطة أن تعوض صاحب الامتياز عمَّا سببه هذا التعديل من الأضرار بسبب اختلال التوازن المالي للعقد الأساسي، ولولا القول باحتواء عقد الامتياز على نصوص تنظيمية لما استطاعت الإدارة إجراء أي تعديل على شروط الامتياز(٢).

هذا وقد اعتبرت بعض الدول أن الامتياز عبارة عن عمل إداري من جانب واحد، فهو وليد إرادة فردية تصدرها السلطة العامة بما لها من ولاية آمرة. ويرضخ لها صاحب الامتياز اختياراً بمجرد قبوله دفتر الشروط(٣).

وقد تجاهلت هذه النظرية الجانب التعاقدي في الامتياز، إذ كانت مجحفة بصاحب الامتياز، ولهذا فقد أهملت هذه النظرية وسادت النظرية السابقة.

كما يأخذ الامتياز أيضاً في بعض الأنظمة القانونية مثل أنظمة القانون العام شكل منحة كما يتخذ شكل الترخيص أو الإيجار، وربما الثلاثة مجتمعين، أو الأشكال الأخرى غير المتناهية المتعلقة بعقود البوت B.O.T، B.O.O.T، B.T.O، وغيرها(٤).

ولصلة عقد الامتياز الشديدة بالمرافق العامة، فإنه يعتبر عقداً إدارياً

---

(١) القانون الإداري، لزهدي يكن، ص٧٢٣، ٧٢٤.
(٢) المصدر نفسه، ص٧٢٤؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٦.
(٣) انظر: القانون والسيادة وامتيازات النفط، د. أحمد السعيدان، ص٣١.
(٤) انظر: نظام البترول، د. عمر بن أبي بكر باخشب، ص٤، (جدة: دار حافظ، ط١، ١٤١٥هـ).

باستمرار، ولذلك كان هذا العقد أول العقود التي نص عليها المنظم في القانون المصري، على اختصاص محكمة القضاء الإداري المصرية بالنظر في المنازعات المتعلقة بها[١].

أما في المملكة العربية السعودية فقد نص نظام ديوان المظالم الصادر بالأمر الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٧/٧/١٤٠٢هـ، على اختصاص الديوان في النظر في العقود الإدارية عموماً، ومنها عقد الامتياز، حيث قال: «يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي: . . . .

(د) ـ الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها»[٢].

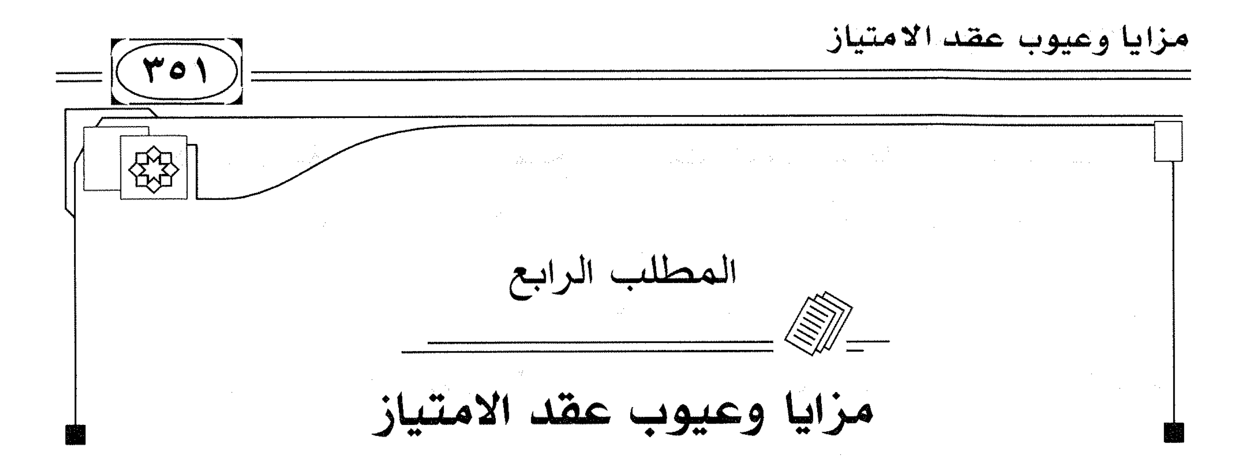
وبذلك يتبين أن النظام في المملكة العربية السعودية يعتبر عقد الامتياز ذا طبيعة إدارية حيث جعل الفصل فيه إلى ديوان المظالم، الذي يُعَدُّ جهة قضاء إداري مستقل.

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٩٨؛ وعقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١٣٠، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥.
وسيأتي الكلام عن عقود البوت في المبحث التاسع من هذا الفصل ـ إن شاء الله ـ، ص٥٠٥.

(٢) المادة (٨) من النظام المشار إليه.





المطلب الرابع

مزايا وعيوب عقد الامتياز

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: مزايا عقد الامتياز.

المسألة الثانية: عيوب عقد الامتياز.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

مزايا عقد الامتياز

عقد الامتياز، هو أحد العقود الحديثة، ذات الأهمية الكبرى في خدمة البلاد وإعمارها، من جهة، وإثراء المتعاقد الآخر من جهة أخرى، وتلجأ إليه الدولة عادة لخدمة مرافقها العامة، إذا لم تقم بذلك أصالة لأي سبب كان.

ولقد تنوعت عقود الامتياز، وتفاوتت خطورتها تفاوت الدور الذي يمكن أن يؤديه المرفق موضع الامتياز.

ولعل الطاقة ـ التي سمي بها هذا العصر ـ تتبوأ الصدارة في اهتمامات الدول التي تمتلك بعض مصادرها، والدول التي تحتاج إلى كميات هائلة منها لإنجاز مشروعاتها الصناعية، وغيرها.

ويأتي على رأس موارد الطاقة هذه «النفط»، الذي تزايدت أهميته مع تطور الحركة الاقتصادية، وتشعب مجالاتها(١).

(١) انظر: عقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١٠٧، ١٠٨، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥.



ولا تزال عقود الامتياز تمنح في تلك الدول بشكل واسع وكبير، مما يدلل على نجاح فكرتها، وصلاحيتها للبقاء كعقد من أهم العقود الإدارية.

وسأذكر فيما يلي بعض المزايا لهذا العقد:

١ ـ يتم من خلال عقد الامتياز إدارة مرفق عام عن طريق أحد أشخاص القانون الخاص، وهذا يعني أن التعامل مع هذا المرفق سيكون بعيداً عن الروتين، متميزاً بالسرعة في تأدية الخدمة للمنتفعين، إذ لا يخفى ما تنطوي عليه إجراءات الإدارة العامة من روتين وقيود إدارية، فإدارة المرفق العام من قبل سلطة عامة سيجعل التعامل مع المرفق أكثر تعقيداً لأسباب ليس هذا مجال بحثها.

ولذلك فإننا سنستفيد من إدارة المرفق العام عن طريق شخص من أشخاص القانون الخاص تخلصاً من الروتين وقيود الإدارة المباشرة؛ لأن شخص القانون الخاص، هدفه الأول هو الربح، مما يدفعه لتقديم الخدمة بشكل ميسر، لكي يحصل على عائد أكبر[1].

٢ ـ من المزايا التي تدفع الإدارة لمنح الامتياز، إرادتها التخفيف عن كاهلها من المسؤوليات والتبعات التي ربما تراكمت على الإدارة فأدى ذلك إلى ضعف أداء الخدمة، أو تأخيرها، أو أدائها مع الإرهاق لموظفيها والمشقة عليهم، لذلك فإن التعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص، يخفف هذا العبء الملقى على عاتق الإدارة، ويساعد على حل هذه المشكلة[2].

٣ ـ من مزايا عقد الامتياز التي تعود على الإدارة بالنفع، أن المرفق يعود بكامل أدواته بعد انتهاء مدة الامتياز إلى السلطة الإدارية، وبذلك تجد الإدارة نفسها أمام مرفق متكامل الإنشاء لا يحتاج إلى جهود كبيرة لإعادة

(١) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٢١؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٤٧.

(٢) انظر: موجز مبادئ القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٣٩، (نشر دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٧م).





إدارته، وحينئذٍ تستطيع الدولة إدارته بنفسها عن طريق الاستغلال المباشر، أو منح الامتياز مرة أخرى بتكلفة أقل؛ لأن إدارة مرفقٍ مهيأٍ بكامل أدواته ليس مثل إدارة مرفق يحتاج لإنشاء جديد[١].

٤ ـ إن منح المرفق العام لأحد أشخاص القانون الخاص لإدارته سوف يكفل لهذا المرفق فرص الاستفادة من وسائل الاستغلال الفردي التي تختلف شكلاً ومضموناً عن وسائل الاستغلال العام، فوسائل الاستغلال الفردي بما يصاحبها من ابتكارات، وتبسيط في الشكليات، وترشيد في النفقات تتفوق على طرق الإدارة العامة في الاستغلال التي تتقيد بقوانين ولوائح تحد من نشاطها[٢].

٥ ـ يتيح عقد الامتياز توفير خدمات عامة لا تكون لدى الإدارة (الحكومة) الميزانية الكافية لتشييد مرافق عامة وتشغيلها بالكفاءة المطلوبة.

❊ المسألة الثانية ❊

عيوب عقد الامتياز

يذكر بعض شراح النظام عدة عيوب لعقد الامتياز، وهذه العيوب منها ما هو صحيح، لكنه يتكلم عن حالات معينة ينبغي عدم استخدام عقد الامتياز فيها، ومنها ما يمكن تلافيه بطرق مشروعة، ومنها ما يمكن احتماله في مقابل المزايا التي تجنيها الدولة من عقد الامتياز.

وعلى كل حال فإن عقد الامتياز وسيلة فاعلة من وسائل إدارة المرافق العامة واستغلالها، لكن يجب أن لا تستخدم هذه الوسيلة إلا في المجال والمكان والوقت المناسب لها، فهي عبارة عن صفقة اقتصادية تجريها الدولة. ومن ثَمَّ وجب أن يكون لها دراسة لجدواها الاقتصادية كأي مشروع آخر، وإذا

---

(١) انظر: الوجيز في النظم الإدارية، لمحمد طه بدوي وَ محمد طلعت الغنيمي، ص٦٨، (القاهرة: دار المعارف، ط بدون).

(٢) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٢١.



أسفرت الدراسة عن نجاح هذا المشروع فحينئذٍ ينبغي على السلطة الإدارية إتمام هذا العقد.

وسأبين فيما يأتي بعض تلك العيوب التي وجهت إلى عقد الامتياز.

١ ـ يذكر بعض الكتّاب أن من عيوب هذا العقد، أن صاحب الامتياز لا يهتم بتحقيق المصلحة العامة بقدر اهتمامه بتحقيق الربح، وسيلجأ في سبيل ذلك إلى مختلف الوسائل التي تزيد من ربحه، كرفع قوائم الأسعار، وخفض نوع الخدمة التي يؤديها مما يعود بالضرر على المصلحة العامة، وعلى المنتفعين بهذا المرفق[١].

الجواب عن ذلك:

أجيب عن ذلك، بأن الإدارة لها حق التدخل في خفض قوائم الأسعار بالقدر الذي يتناسب مع نوع الخدمة المقدمة، مع وجود هامش ربح مناسب لصاحب الامتياز.

فصاحب الامتياز ليس له مطلق الحرية في التحكم في الأسعار، بل هو خاضع لرقابة السلطة الإدارية[٢].

٢ ـ من العيوب التي ذُكِرَتْ لعقد الامتياز أن صاحب الامتياز قد يستخدم رؤوس أموال أجنبية لإدارة المرفق العام، وحينئذٍ يكون من العسير على الإدارة أن تباشر رقابتها على الوجه الأكمل، بل قد تقابل هذه الرقابة بتدخل من الدول الأجنبية، ويصل الأمر بها إلى أن تصبح حكومة أجنبية داخل الدولة، تحتمي بالنفوذ الأجنبي وتؤثر على استقلال البلاد[٣].

الجواب عن ذلك:

أجيب بأن هذا العيب لا يرد إلا في حالة معينة، وهي استخدام رؤوس أموال

---

(١) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٤٩؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٤٩.

(٢) كما سيأتي بيان ذلك، في ص٣٥٦ وما بعدها.

(٣) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٤٩؛ وموجز مبادئ القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٤٠.

أجنبية، واستخدام رأس المال الأجنبي ليس عنصراً في عقد الامتياز ولا مكوناً من مكوناته الأساسية، بمعنى أنه عيب يمكن تلافيه، وحينئذٍ يمكن ألَّا يكون معوقاً من معوقات استخدام عقد الامتياز كوسيلة من وسائل استغلال المرافق العامة.

٣ ـ ومن العيوب التي ذُكِرَتْ لعقد الامتياز أن الملتزم في عقد الامتياز بما أنه يدير مرفقاً عاماً، فإنه يتمتع بسلطات واسعة لا يتمتع بها الأفراد عادة. كما أنه يدير المرفق مدداً طويلةً، وهذا ينال في الحقيقة إلى حدٍّ كبير من سيادة الدولة على الأقل من الناحية الواقعية[1].

الجواب عن ذلك:

أجيب عنه بأن سلطة صاحب الامتياز الإدارية على المرفق العام محدودة من نواحٍ متعددة، فهي محدودة من حيث الكيف برقابة السلطة الإدارية عليها، ومحدودة من حيث المدة، ومحدودة من حيث النشاط، فعقد الامتياز لا يشمل سوى المرافق الاقتصادية.

وفي الحقيقة إن عقود الامتياز تمنح صاحب أو أصحاب الامتياز نوع احتكار، قد يساء استغلاله، فينقلب الامتياز من مصلحة إلى مفسدة عامة. ولهذا من الواجب أن يصحب أو يسبق منح الامتياز إنشاء هيئات حكومية تنظم عمل السوق وتراقبه، وتعمل على حماية مصالح المواطنين. وهذا ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، إذ سبق تخصيص شركة الاتصالات ومنحها امتياز تقديم خدمة الاتصالات إنشاءَ هيئة الاتصالات، وكذلك الأمر بالنسبة لخدمة الكهرباء، وهو ما عليه العمل كذلك في أغلب الدول.

وبذلك يتبين أن إدارة المرفق من قبل فرد أو شركة إذا تمت الرقابة عليه بالشكل المطلوب، فإن ذلك لا يشكل أي مساس بسيادة الدولة.

وبشكل عام فإن عقد الامتياز إذا تم إعماله في مجاله المناسب، فإنه يشكل طريقة ناجحة لاستغلال المرافق العامة.

---

(١) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٤٩؛ وأعمال السلطة الإدارية، د. محمد فؤاد عبد الباسط، ص٥٠٢.





المطلب الخامس

آثار عقد الامتياز

إن صاحب الامتياز يسعى إلى تحقيق الربح في عقد الامتياز، وله ارتباط وثيق مع الإدارة مانحة الامتياز بموجب ذلك العقد، كما أن له أيضاً ارتباطاً مع الجمهور والمنتفعين بما يؤدي لهم من خدمات ومنافع عن طريق إدارة المرفق العام.

لذا ناسب تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: حقوق الإدارة العامة مانحة الامتياز.

المسألة الثانية: حقوق صاحب الامتياز.

المسألة الثالثة: حقوق المنتفعين.

ο ο ο ο ο

* المسألة الأولى *

حقوق الإدارة العامة مانحة الامتياز

وتشتمل على أربعة فروع:

الفرع الأول: حق الرقابة.

الفرع الثاني: حق التعديل.

الفرع الثالث: حق الاسترداد.

الفرع الرابع: حق توقيع الجزاءات على المتعاقد.

الفرع الأول: حق الرقابة

للإدارة الحق الكامل في الرقابة على إعداد المرفق وسيره، ولا يجوز بأي حال التنازل عن هذا الحق. وهذا الحق مستمد من طبيعة المرفق

العام[١].

ويبدو ذلك كبيراً في عقود امتياز المرافق العامة وعقود الأشغال العامة بكافة أنواعها، ويقل في بعض العقود خاصةً تلك التي ينتهي فيها التزام المتعاقد دفعة واحدة كعقود التوريد مثلاً[٢].

وحق الرقابة على المتعاقد قد يؤخذ بمعنى ضيق، وهو يعني مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متَّفِقاً مع شروط العقد.

والإدارة قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد، ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة.

على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً، ومن ثَمَّ فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها حين تنفيذ العقد يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل. فبمقتضاه تتدخل الإدارة في التنفيذ، ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة. فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين[٣].

هذا وتتفرع الرقابة إلى نواحٍ رئيسة مهمة، يلزم استيفاؤها واستكمالها حتى تؤدي أجهزة الرقابة رسالتها الموكلة لها كاملة، وذلك في النقاط الآتية[٤]:

---

(١) انظر: الوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٤٤؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٥٧؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت .B.O.T، د. صالح بكر الطيار، ص٣٣.

(٢) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢١٣.

(٣) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٩٨، ١٩٩؛ وموجز مبادىء القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٣٣؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٧، ٦٨.

(٤) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢١٤؛ وسلطة الدولة في الرقابة على شركات الامتياز، للأستاذ سعد علّام، ص٨، ٩، بحث مقدم لمؤتمر البترول العربي الرابع، (الرياض: مطابع الجزيرة، ١٩٦٣م)؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٩٩.

١ ـ **الرقابة الفنية**: فالسلطة مانحة الامتياز لها أن تراقب صاحب الامتياز رقابة فنية تستهدف التأكد من سلامة الطرق والوسائل التي يستخدمها في التنفيذ وأنها مطابقة للأصول الفنية، للحصول على أفضل خدمات المرفق.

وعليها أن توكل أمر ذلك إلى كفاءات وخبرات في مجال نشاط هذا المرفق للقيام بالرقابة الفنية.

٢ ـ **الرقابة المالية**: فإن شركات الامتياز تحقق أرباحاً ضخمة تستحق عليها حقوقاً ورسوماً للدولة، فلا بد من الرقابة المالية الدقيقة على حساباتها ودفاترها ونواحي نشاطها.

ويتم ذلك إما بشكل مستقل عن الجهات الرقابية المحاسبية في الدولة، أو إخضاع حسابات المرفق للرقابة المالية التي تخضع لها الجهات الإدارية كديوان المراقبة العامة مثلاً في المملكة العربية السعودية.

٣ ـ **الرقابة الاقتصادية**: إن من أهم المجالات لنشاط الشركات مجال التسويق والمنافسة العالمية بين أسواق العالم الرئيسية. وفي وسط هذا الواقع لا بد للدولة من تحديد موقفها ودراسة مختلف العوامل والظروف المحيطة بها، التي لها تأثير على أرباحها وعائداتها.

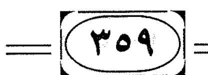
لذا كان لزاماً على الدولة توفير الخبراء الاقتصاديين لمراقبة الشركات في اتجاهاتها وتصرفاتها المختلفة، وهذه الرقابة غالباً ما تكون في امتياز استغلال الثروات الطبيعية.

٤ ـ **الرقابة القانونية**: تحيط الرقابة القانونية بالأنواع الأخرى كافة، حيث تصوغها في القالب القانوني السليم، ثم تشرف على تنفيذها وإخراجها إلى حيز الوجود.

ذلك أن الرقابة القانونية تقوم على مراقبة تنفيذ شركات الامتياز لمختلف التزاماتها وتعهداتها سواء التعاقدية أم القانونية أم اللائحية، وذلك في مختلف نواحي نشاط تلك الشركات وعلاقاتها بالحكومة.

والرقابة القانونية هي التي تحدد موقف الحكومة تجاه الشركات في كل





حالة، وتراعي مختلف الظروف وتطورها المحتمل، وهي التي تتولى توجيه أنواع الملحوظات والتوجيهات أو الجزاءات، وكذلك توجيه المباحثات أو المفاوضات مع الشركات إذا أتيح لها ذلك، كل ذلك بما يحفظ للدولة حقوقها الحالية والمستقبلية في ظل التطبيق والتفسير القانوني الصحيح.

هذه أهم نقاط الرقابة التي تقوم بها الدولة تجاه صاحب الامتياز.

ومن الصور العملية للرقابة[1]:

١ ـ إنشاء الأجهزة الحكومية المتخصصة في الرقابة بأنواعها، مثل: وزارة البترول والثروة المعدنية وهيئة الاتصالات السعودية.

٢ ـ تعيين أعضاء عن الحكومات في مجالس إدارة تلك الشركات.

٣ ـ الرقابة على الأسعار المعلنة.

٤ ـ الإشراف على المشتريات والمقاولات.

٥ ـ مساهمة الحكومات مع الشركات في رؤوس الأموال.

٦ ـ الرقابة الجماعية بين الدول، مثل: الرقابة التي تقوم بها منظمة الدول المصدرة للبترول (أوبك).

وتجدر الإشارة إلى أن الرقابة على تنفيذ العقد مهما اتسع مداها، فإنها ليست سلطة مطلقة، بل تحددها عدة اعتبارات أساسها توفير الضمانات للمتعاقد ضد تعسف الإدارة.

وهذا الحق في الرقابة على المرافق العامة التي تدار بعقد الامتياز عن طريق فرد أو شركة، لا يعني أنها أصبحت تحت سيطرة جهة غير الدولة، بل إن رقابة هذا المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز هي كرقابة أي مرفق آخر من مرافق الدولة.

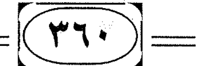
• حق الرقابة في الفقه الإسلامي:

أما في الفقه الإسلامي فلا شك أن رقابة المرافق الحكومية ومتابعة

---

(١) انظر: سلطة الدولة في الرقابة على شركات الامتياز، للأستاذ سعد علّام، ص٩، ١٠.





سيرها، سواء كانت رقابة فنية أم مالية أم اقتصادية أم نظامية، هي من أوجب واجبات السلطان في الدولة الإسلامية؛ إذ إن القيام بذلك فيه حفظ لمال الدولة، وأمان له ـ بإذن الله ـ من التلاعب أو التساهل.

وقد بيَّن فقهاء الإسلام أن على الإمام أن يتابع أمور رعيته ويتفقد أحوالهم، وأن لا يكتفي في ذلك بالتفويض دون المباشرة.

يقول الماوردي رحمه الله في معرض ذكره ما يلزم الإمام من الأمور العامة: «أن يباشر بنفسه مشارفة الأمور وتصفح الأحوال؛ لينهض بسياسة الأمة وحراسة الملة، ولا يعول على التفويض تشاغلاً بلذة أو عبادة، فقد يخون الأمين ويغش الناصح، وقد قال الله تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلۡنَٰكَ خَلِيفَةٗ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَٱحۡكُم بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ ٱلۡهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِۚ﴾ [ص: ٢٦].

فلم يقتصر الله سبحانه على التفويض دون المباشرة ولا عذره في الاتباع حتى وصفه بالضلال، وهذا وإن كان مستحقاً عليه بحكم الدين ومنصب الخلافة، فهو من حقوق السياسة لكل مسترع، قال النبي ﷺ: «كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته»[(١)]»[(٢)].

والمقصود من ذلك أن الإمام مسؤول عَمَّا تحت يده من المرافق، وعليه واجب رقابتها، فإن الرقابة في الشريعة الإسلامية ليست مجرد حق للسلطة، بل تتعدى إلى أن تكون واجباً من واجبات الإمام، ولا يكفي أن يترك المرافق العامة لأفراد أو شركات يديرونها دون رقابة أو متابعة.

يتضح مما تقدم أن حق الرقابة المقرر في النظام، هو أيضاً حق معتبر في الشريعة الإسلامية، بل واجب شرعي كما دل عليه النص المتقدم.

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الأحكام، باب: قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلۡأَمۡرِ﴾، برقم: ٧١٣٨؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: الإمارة، باب: فضيلة الإمام العادل، برقم: ١٨٢٩.

(٢) الأحكام السلطانية، ص١٨، ١٩؛ وانظر: الأحكام السلطانية للقاضي أبي يعلى، ص٢٨، ت: محمد حامد الفقي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م).





الفرع الثاني: حق التعديل

كما هو الأمر في سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، وأنها تملك ذلك ولو لم ينص عليها في شروطه، فإن للإدارة أيضاً حقاً آخر يتمثل في سلطتها في تعديل العقد، وذلك انطلاقاً من مبدأ تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، حيث إن الهدف من عقد الامتياز إنشاء أو تشغيل المرافق العامة، ولذلك لا بد من إعطاء الإدارة هذه السلطة لتستطيع مواجهة الحالات والتغيرات أثناء تنفيذ العقد[1] دون أن يحتج عليها بالقاعدة المدنية التي تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها النظام[2].

وليس معنى سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة إلغاء القوة الملزمة في العقد، وإنما معناه الحد من هذه القوة الملزمة وإضفاء طابع خاص عليها، وهو طابع العقود الإدارية[3].

لذلك فإن سلطة التعديل ليست سلطةً مطلقةً ـ وفقاً للقاعدة العامة في العقود الإدارية ـ بل تقتصر سلطة التعديل على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام وحاجاته ومقتضياته.

أما المزايا المالية المتفق عليها في العقد فلا يجوز المساس بها، بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديل النصوص اللائحية دون التعاقدية[4] بحيث يشترط ألا

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية للوهيبي، ص٢١٥؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، ص٣٣، ٣٤، ١٦٥.

(٢) انظر: العقود الإدارية مع دراسة خاصة لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروات الطبيعية مع المملكة العربية السعودية، د. محمود عاطف البنا، ص٢١٣، (دار العلوم للطباعة والنشر، ١٤٠٥هـ)؛ وقانون النفط، د. أحمد عبد الحميد عشوش، ص٢٠٤ ـ ٢٠٦، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ط بدون، ١٩٨٩م)؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٦٤؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢٠٢.

(٣) انظر: العقود الإدارية، د. محمود البنا، ص٢١٤.

(٤) انظر: مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد، ص٢٣٠، =

تتجاوز التعديلات حداً معيناً من شأنه قلب شروط العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد وإلا التزمت بالتعويض عما يصيبه من أضرار إذا كان ما قامت به يرجع إليها.

• **أوجه سلطة التعديل:**

تظهر سلطة التعديل عند ممارستها من قبل الإدارة في أوجهٍ متعددة، منها[1]:

١ ـ ما يتعلق بتعديل الكميات الواردة في العقد بزيادتها أو نقصانها.

٢ ـ ما يتعلق بتعديل الأنواع المحددة في العقد بحيث تطلب الإدارة أنواعاً مغايرة مع زيادة أو إنقاص للكميات أو بدون ذلك، كأن تطلب من المتعاقد في عقد التوريد تأمين سيارات من أنواع أخرى غير ما ورد في العقد مع تماثل المواصفات.

٣ ـ وقد يتعلق التعديل بوسائل وطرق وأدوات التنفيذ بحيث تقوم الإدارة بتعديل تلك الوسائل والطرق والأدوات بغيرها أكثر حداثة وتطوراً وأقل كلفة أو أكثر أمناً واستجابة لمقتضيات الصحة العامة.

وهذا يفترض أن تلك الطرق المستبدلة منصوص عليها في شروط العقد. أما إذا لم تكن كذلك فإن الإدارة عندما تمارس هذه السلطة، فإن ذلك يكون من باب سلطة الرقابة وليس سلطة التعديل.

٤ ـ وقد يتعلق التعديل بالبرنامج الزمني لسير العمل بحيث تقوم الإدارة باختصار مدة العقد لمقتضيات الحاجة العاجلة للمرفق العام. كالإسراع في تنفيذ مدة مدرسة لحلول العام الدارسي أو استعجال مدة التوريد لسيارات ترغب الدولة في وضعها تحت تصرف وفود رسمية أو غير ذلك.

٥ ـ وقد يتعلق التعديل بإطالة أو تأجيل أمد التنفيذ أو وقف الأعمال بسبب الظروف المالية أو حالات الحرب.

= (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٣م)؛ والقانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص١٩٦؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٦.

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢١٦، ٢١٧.

• **شروط سلطة التعديل في عقد الامتياز:**

إن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل في عقد الامتياز لها شروط، من ذلك[١]:

أ ـ عدم تجاوز التعديل في كميات العقد زيادة أو نقصاً لنسب معينة سواء حددت هذه النسب في نظام عام أم شروط العقد أم جرى عليها العرف.

ب ـ ألا ينصب التعديل على الحقوق المالية للمتعاقد، فلا يجوز تعديل قيمة بنود أو فئات أو وحدات العقد مثلاً بالنقص؛ لأن ذلك يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل مع الإدارة.

ويستثنى من ذلك حق الإدارة في تعديل بعض الأجور أو الرسوم التي يحصل عليها صاحب الامتياز كالكهرباء أو الغاز أو الهاتف أو المحروقات مثلاً بحيث تتدخل في بعض الحالات لتخفيض تلك التكاليف بما يتناسب والمصلحة العامة لتخفيض الأعباء عن المواطنين.

ويصاحب ذلك بالطبع تعويض صاحب الامتياز عما يصيبه من أضرار بسبب ذلك التخفيض.

ج ـ أن يكون التعديل مرتبطاً بمحل العقد والغرض منه، ولا يتعداه إلى محل أو غرض آخر، ففي امتياز عقد التوريد مثلاً لا يجوز للإدارة أن تطلب نوعاً مغايراً لما تم الاتفاق عليه كأن تطلب معدات ثقيلة بدلاً من السيارات مما يعتبر خروجاً عن نطاق ومجال التعاقد والظروف المحيطة بتنفيذه.

د ـ ألا يؤدي التعديل إلى عدم مقدرة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته بسبب تجاوز ذلك لإمكاناته المادية والفنية، بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد.

هـ ـ أن يكون هناك ظروف وأسباب استجدت بعد العقد تستدعي ذلك

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٤١٤ وما بعدها؛ ومظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، د. أحمد عثمان عياد، ص٢٣٠؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢١٧ ـ ٢٢٢.

التعديل وتتطلبه، حيث إن تلك السلطة مرتبطة بما تقتضيه حاجة المرفق التي من طبيعتها حدوث تغييرات أثناء التنفيذ سواء في محل العقد أم ظروفه وطرق تنفيذه أم نوعية المستفيدين منه أم غير ذلك مما له علاقة بالمرفق العام.

و ـ أن تمارس الإدارة سلطة التعديل أثناء مدة تنفيذ العقد، ويقصد بذلك المدة الفعلية وليس المدة الزمنية المحددة في العقد؛ لأن المتعاقد قد يتأخر في تنفيذ العقد عن تلك المدة، وبالتالي تملك الإدارة حق التعديل حتى انتهاء التزامات المتعاقد وفقاً لما تحدده شروط كل عقد.

أما إذا انتهت تلك الالتزامات فلا يحق للإدارة ممارسة تلك السلطة؛ لأن الرابطة العقدية لم تعد موجودة، والتالي ليس لدى الإدارة ما يمكن أن تعتمد عليه في تلك السلطة.

ز ـ أن يصدر التعديل من الجهة المختصة بإجرائه، ووفقاً للإجراءات الشكلية المقررة.

ح ـ أن تقتصر سلطة التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام.

- **حقوق صاحب الامتياز عند تعديل العقد:**

يترتب على قيام الإدارة بممارسة هذه السلطة حقوق للمتعاقد معها تتمثل في الآتي(١):

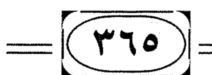
١ ـ الحق في المطالبة بالتعويضات الكاملة بناء على حقه في حفظ التوازن المالي للعقد من خلال نظرية عمل السلطة (أو عمل الأمير)، وهو يشمل ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة. فالتعويض يشمل جميع النفقات الإضافية التي يتكبدها المتعاقد معها، وكذلك يشمل ما كان يتوقع أن يجنيه المتعاقد من أرباح.

٢ ـ إذا كانت الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في التعديل غير مشروعة

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٤٢٦؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية للوهيبي، ص٢٢٢؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢٠٥، ٢٠٦.





كما لو لم تتبع الإجراءات التي تنص عليها القواعد والإجراءات الشكلية، فإن من حق المتعاقد طلب إلغاء تلك القرارات الصادرة بالتعديلات عن طريق القضاء.

٣ ـ إذا تجاوز التعديل الحد المألوف فللمتعاقد أن يطلب فسخ العقد.

هذه بعض أهم الجوانب المتعلقة بحق التعديل في النظام.

• حق التعديل في الفقه الإسلامي:

هذه الجوانب المتعددة المتعلقة بحق التعديل تخضع في الفقه الإسلامي للقاعدة الشرعية العامة في أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فإن المصالح العامة تكون أولى بالرعاية، ويعبر علماء الأصول عن هذه القاعدة بقولهم: إن الضرر العام يُتقى بالضرر الخاص[(١)].

وهذه القاعدة تنطبق على العقود كافة في الشريعة الإسلامية، فلا فرق بين عقد عام وعقد خاص في خضوعه لهذه القاعدة، إلا أنه من الملاحظ أن تعرض العقد العام لهذه القاعدة يكون عادة أكثر من تعرض العقد الخاص لها، وهذا أمر بدهي، إذ إن المصلحة العامة أظهر في العقود العامة منها في عقود الأفراد.

ولعله من خير الأمثلة في الشريعة على تعديل الدولة للعقد بما يتفق مع مصلحتها العامة الضرورية، ما حدث في عقد الحديبية[(٢)]، فقد نُصَّ في هذا العقد على أن من جاء من مشركي قريش إلى المسلمين مسلماً، فإنه يجب رده طوال مدة الاتفاقية، ومقتضى هذا النص العام أن أي مشرك سواء أكان رجلاً أم امرأة إذا جاء مسلماً وجب على المسلمين رده إلى الكفار. ولكن الله تعالى

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١/ ٨٨؛ ومجلة الأحكام العدلية، م: ٢٦؛ وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص١٩٧، (دمشق: دار القلم، ط٣، ١٤١٤هـ)؛ وموسوعة القواعد الفقهية لمحمد صدقي البورنو ٦/ ٢٥٤، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ).

(٢) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: الجهاد والسير، باب: صلح الحديبية في الحديبية، برقم: ١٧٨٤.

عدَّل هذا النص عندما جاء النبي ﷺ بعض نساء المشركين مسلمات، فأنزل الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ ٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠].

فنقض الله العهد بين الرسول ﷺ وبين المشركين في النساء خاصة، ومنعهن أن يُرْدَدْنَ إلى المشركين(١).

وهذا تعديل تشريعي للعقد، رغم أن الطرف الآخر هم المشركون الذين لا يخضعون أصلاً للتشريع الإسلامي، ولا يحتج به عليهم، خصوصاً وأنهم ممتنعون في دار الحرب.

وهذا التعديل التشريعي سببه تغليب مصلحة عامة تتعلق بالنظام العام للدولة، إذ لا يجوز لغير المسلم أن يتزوج المسلمة، كما أنه يخشى على النساء اللاتي أسلمن من بقائهن في دار الحرب وتحت سيطرة المشركين، وذلك لضعف النساء عادة مما قد يترتب عليه ارتدادهن إلى الشرك.

وقد يقال هنا: إن هذا نسخ(٢)، وأنه لا يجوز القياس عليه؛ لأنه لا نسخ بعد وفاة الرسول ﷺ.

وهذا القول ـ بأنه لا نسخ بعد وفاته ﷺ ـ حق ولا ريب؛ ولكن يستدل بهذه الحادثة على أن من حق الدولة أن تعدل العقد من طرف واحد، إذا وجدت مصلحة عامة ضرورية، خصوصاً إذا وضعت الدولة هذا الشرط في العقد، فهذا الشرط صحيح طالما كانت هناك مصلحة عامة وضرورية تدعو إلى ذلك.

ويبدو أن هذا قريب مما هو عليه الحال الآن بالنسبة لحق الدولة في تعديل العقود الإدارية، ومنها عقد الامتياز، من طرف واحد. فإن هذا الحق

---

(١) انظر: تفسير الطبري ٢٢/٥٧٨، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤٢٢هـ)؛ وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ٨/ ٩٢، ت: سامي بن محمد السلامة، (الرياض: دار طيبة، ط١، ١٤١٨هـ).

(٢) انظر: تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٨/ ٩٢.

أصبح مسلماً في هذه العقود، كما أنه يلاحظ من جهة أخرى أنه ليس في كل عقد تكون الدولة طرفاً فيه يكون هذا الحق في التعديل، بل يشترط أن يكون المقصود من العقد هو تسيير مرفق عام، فيكون القصد من التعديل هنا هو تغليب المصلحة العامة الضرورية على المصلحة الخاصة، وهذا مما تنادي به الشريعة الإسلامية بصفة عامة.

ويجب أن يلاحظ هنا أن الأصل في الشريعة هو احترام العقود، ولذلك فإنه من الأوفق حتى لا يوجد أي خلاف حول صحة هذه الشروط اللائحية أن يكون منصوصاً عليها في العقد، أو يصدر نظام يحدد أنواعاً معينة من العقود يحق فيها للدولة أن تعدل العقد من طرفها فقط للمصلحة العامة.

وهذا قريب مما عليه الحال الآن بالنسبة للعقود الإدارية، فإن القضاء الإداري قد جرى بالنسبة لها على الاعتراف بحق الدولة في تعديل العقد، إذا كان متعلقاً بسير المرفق العام، وأصبح هذا القضاء في حكم المنصوص عليه.

ويستند هذا الحكم إلى مجموعة من القواعد الفقهية المشهورة، كقاعدة: «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»[(١)]، ما دام أنه لم يخالف نصاً صحيحاً[(٢)]، وقاعدة: «الضرر يزال»[(٣)]، وقاعدة: «يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام»[(٤)]، ونحو ذلك.

وبناء على ذلك فإن الذي يظهر أن حق الدولة في تعديل عقد الامتياز، حق سائغ شرعاً إذا كان منصوصاً عليه في العقد نفسه مع تعويض صاحب الامتياز عن جميع الأضرار التي أصابته جراء هذا التعديل.

---

(١) انظر: مجلة الأحكام العدلية، م: ٤٣؛ وشرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقا، ص٢٣٧؛ وموسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١٠/٧٤٩.

(٢) انظر: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي، ص٤٦٦ ـ ٤٦٨.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٨٦؛ والأشباه والنظائر للسيوطي، ص١٧٦.

(٤) انظر: ما تقدم في ص٣٦٥.





الفرع الثالث: حق الاسترداد

من حق السلطة الإدارية إذا ما تبين لها لسبب أو لآخر أن طريقة الامتياز لم تعد تتفق مع المصلحة العامة، أو رأت أن الملتزم غير قادر على إشباع الحاجة العامة على الوجه الأكمل، لها في هذه الحال أن تسترد المرفق العام، وتحول إدارته إلى أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة[١].

وهذا الحق مستمد أيضاً من طبيعة المرفق العام الذي يجب أن يساير الظروف دائماً ليؤدي خدماته على أفضل وجهٍ[٢].

وهذا الحق شأنه شأن الحقين السابقين، فهو من الحقوق الأصيلة التي يجوز للجهة الإدارية أن تلجأ إليه دائماً حتى ولو لم ينص عليه في عقد الامتياز، وذلك لأن الإدارة هي التي تقوم في الأصل بإدارة المرفق العام، إلا إذا رأت أن من المصلحة العامة إدارة المرفق عن طريق الالتزام.

وعلى ذلك فإذا اقتضت المصلحة للمرة الثانية إدارة المرفق العام عن طريق الإدارة المباشرة، لا عن طريق الامتياز، فإن للسلطة مانحة الامتياز الحق في استرداد هذا المرفق. وهذه السلطة للإدارة ليست مطلقة، وإنما يتعين أن تكون مبنية على أسباب مقبولة، كأن تواجه الإدارة ظروفاً بعد التعاقد تجعل من المصلحة العامة استرداده وعدم الاستمرار فيه، ويقع على الإدارة عبء إثبات الظروف التي استجدت وأدت إلى زوال الحاجة إلى العقد[٣].

ولا يعني ذلك تجاهل الخسائر التي تكبدها صاحب الامتياز حيال ذلك، بل تقوم الإدارة بتعويضه عن الأضرار التي أصابته جراء هذا الاسترداد[٤].

ولا يحق لصاحب الامتياز في هذه الحال أن يدفع حق الإدارة في

---

(١) انظر: موجز مبادئ القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٣٥.
(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٧٢٥؛ والعقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٤٧٦.
(٣) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢٧٧، ٢٧٨.
(٤) انظر: المصدر نفسه، ص٢٧٧.



الاسترداد بأن له حقاً مكتسباً، أو بالقوة الملزمة للعقد[١].

وهذه الصورة هي تطبيق لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية في أي وقت كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك، ولكن مراعاة للاعتبارات الخاصة بعقد الامتياز استلزم الأمر ضرورة تنظيم سلطة الدولة في استرداد المرفق حتى يمكن التوفيق بين حق الدولة وبين المصالح المالية لصاحب الامتياز، التي عادة ما تصل إلى درجة كبيرة من الجسامة[٢].

• أنواع الاسترداد:

قد يكون الاسترداد **استرداداً تعاقدياً**، وهو الاسترداد الذي ينظمه العقد ويحدد شروطه، ولهذا تعتبر إجراءات تحقيق هذا الاسترداد من الشروط التعاقدية التي يتعين على الإدارة مراعاتها كما يتعين على القضاء احترامها.

وهناك شروط تتعلق بالإدارة لممارسة حق الاسترداد المنصوص عليه في عقد الامتياز[٣]، منها:

١ ـ أن ينص على هذا الحق في العقد صراحة، فإذا حدد العقد فترة زمنية للاسترداد، فإنه يجب على الإدارة احترام هذا الشرط، فإذا استخدمت حقها خارج هذا التاريخ، وجب عليها الالتزام بتعويض المتعاقد.

٢ ـ يغلب أن يتضمن العقد ـ في حالة نصه على الاسترداد ـ شرطاً يقضي بضرورة تنبيه صاحب الامتياز قبل استعمال هذا الحق بمدة معقولة، على الإدارة احترامها، حتى يتسنى له تدبر أموره، وتكون تلك المهلة وفقاً لما يحدد في العقد، وإذا لم تكن محددة يترك تقدير ذلك لظروف كل عقد بحيث تراعي الإدارة أن تكون مناسبة ومعقولة.

---

(١) انظر: القانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص١٩٧.

(٢) انظر: دراسات في نظرية العقد الإداري، د. عزيزة الشريف، ص٩٠.

(٣) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٧٢٧ ـ ٧٢٩؛ والعقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٤٧٦ ـ ٤٨٢؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢٧٤؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٧٥.

٣ ـ إذا حدد العقد أسباباً لممارسة هذا الحق، فإنه يجب حينئذٍ على الإدارة احترام هذا الشرط والتقيد بهذه الأسباب، فإذا لم يرد في العقد مثل هذا الحصر، وجب على الإدارة مراعاة المصلحة العامة لإمكان تقرير مشروعية الاسترداد.

٤ ـ يترتب على استرداد الإدارة للمرفق انقضاء العقد، ومن ثَمَّ يتحرر صاحب الامتياز من التزامه بإدارة المرفق، ويتعين عليه رفع يده، فإذا استمر في الإدارة وحقق أرباحاً، وجب عليه ردُّ هذه الأرباح التي حققها بعد الاسترداد.

٥ ـ يترتب على الاسترداد استحقاق صاحب الامتياز تعويضاً كاملاً، ويطبق في ذلك نصوص العقد التي تحدد أسس دفع التعويض ومداه، وهو تعويض اتفاقي، يكون حالّاً أو مؤجل الدفع، يقدر وفقاً للقواعد العامة دون تقيد بالنصوص الواردة في العقد بخصوص الاسترداد الاتفاقي.

وأما **النوع الثاني** من الاسترداد للمرفق فقد يكون **استرداداً غير تعاقدي**، وهو: الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة إذا لم يتضمن العقد نصاً على الاسترداد الاتفاقي، أو في خلال المدة التي لا يجوز للإدارة أن تمارس الاسترداد الاتفاقي أثناءها[١].

ويترتب على هذا الاسترداد إنهاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة وبين الملتزم. وحق الإدارة في إنهاء العقد دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد أو في دفتر الشروط أمرٌ مسلمٌ به وثابت للإدارة استناداً إلى سلطتها في تعديل نظام المرفق وقواعد إدارته واستغلاله، وفي إلغائه أو استبدال وسيلة جديدة بطريقة الإدارة القديمة، بشرط أن يكون ذلك كله مقيداً بمراعاة المصلحة العامة[٢].

هذا ما يتعلق بحق الاسترداد في النظام.

---

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٤٨٠.

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٧٣٢؛ ودراسات في نظرية العقد الإداري، د. عزيزة الشريف، ص٩٤؛ والقانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص١٩٧؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت .B.O.T، د. صالح بكر الطيار، ص٣٣.

• حق الاسترداد في الفقه الإسلامي:

أما في الفقه الإسلامي فقد سبق معنا في حق التعديل أن الضابط في تحديد جواز فسخ العقد من عدمه ـ في العقود العامة التي تكون الدولة طرفاً فيها ـ، هو اعتبار المصلحة العامة.

فالقاعدة الشرعية أنه إذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة، فإن المصالح العامة تكون أولى بالرعاية.

وقد بَيَّنَ الماوردي رَحِمَهُ اللهُ ـ في معرض حديثه عن زمان النظر بالنسبة للعمال ـ أن الأجير الخاص إذا كان ممن يعمل في الدولة، وحُدِّدَ عمله بمدة معينة، فإنها تكون لازمة للأجير دون المؤجر (الإمام أو نائبه)، إذ له صرفه قبل انتهاء المدة المتفق عليها إذا كان في ذلك مصلحة.

يقول رَحِمَهُ اللهُ: «زمان النظر، لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقدره بمدة محصورةِ الشهور أو السنين، فيكون تقديرها بهذه المدة مجوِّزاً للنظر فيها ومانعاً من النظر بعد انقضائها، ولا يكون النظر في المدة المقيدة لازماً من جهة المولِّي، وله صرفه والاستبدال به إذا رأى ذلك صلاحاً.

فأما لزومه من جهة العامل المولَّى فمعتبر بحال جارية عليها، فإن كان الجاري معلوماً بما تصح به الأجور لزمه العمل في المدة إلى انقضائها؛ لأن العمالة فيها تصير من الإجارات المحضة، ويؤخذ العامل فيها بالعمل إلى انقضائها إجباراً.

والفرق بينهما في تخيير المولِّي ولزومها للمولَّى أنها في جنبة المولِّي من العقود العامة لنيابته فيها عن الكافة فروعي الأصلح في التخيير، وهي في جنبة المولَّى من العقود الخاصة لعقده لها في حق نفسه، فيجري عليها حكم اللزوم...»(١).

---

(١) الأحكام السلطانية للماوردي، ص٢٦١، ٢٦٢؛ وانظر: الأحكام السلطانية لأبي يعلى، ص٢٤٧، ٢٤٨.

يظهر من هذا النص أن الفقهاء رحمهم الله فرقوا بين العقود العامة والعقود الخاصة، حيث جعلوا للدولة إنهاء العقود التي تكون طرفاً فيها، متى ما رأت المصلحة في ذلك؛ لأن المصلحة تتعلق بعموم الأمة، ومن الخطأ أن يضحى بالمصلحة العامة من أجل المصلحة الفردية.

وبذلك يتبين أن الفقه الإسلامي قد عرف فكرة العقود الإدارية ذات الطبيعة المختلفة عن العقود المدنية التي يكون أطرافها من الأفراد، وجعل للسلطة الإدارية امتيازات في هذا العقد لا يتمتع بها أي متعاقد آخر، مراعياً في ذلك المصلحة العامة.

وبناء على ذلك فإن حق السلطة في استرداد المرفق العام من صاحب الامتياز إذا رأت المصلحة في ذلك، حق مشروع ومقرر في الشريعة الإسلامية لا سيما وأنه يتم تعويض الممنوح له الامتياز تعويضاً عادلاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، جراء ممارسة ذلك الحق.

ولكن ليس من المصلحة التساهل في هذا؛ لأنه يخيف القطاع الخاص ويجعله متردداً في قبول عقود الامتياز، فلا يكون ذلك إلا في حالات استثنائية ملجئة.

الفرع الرابع: حق توقيع الجزاءات على المتعاقد

تتميز العقود الإدارية بوجود نظرية الجزاءات الإدارية، التي تهدف إلى ضمان تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامة. فإخلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واطراد[1].

فالوضع الطبيعي أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها، ولكن يحدث أحياناً ألا يتم ذلك بحيث يتأخر المتعاقد في التنفيذ عن الموعد المحدد أو ينفذ العقد مع مخالفة للشروط والمواصفات أو

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢١٠.

يترك التنفيذ لغيره من الآخرين بدون الموافقة المسبقة من الإدارة أو يعجز عن التنفيذ بسبب ضعف إمكاناته الفنية والمالية أو غير ذلك، مما يؤدي إلى عدم التزام المتعاقد بالتنفيذ وفقاً لما اتفق عليه.

وإزاء هذه الأوضاع فإن الإدارة تملك تجاه المتعاقد اتخاذ العديد من الجزاءات التي تختلف عن غيرها في العقود الخاصة، وتعتبر أيضاً سلطات استثنائية تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد(١).

وتخضع هذه الجزاءات الإدارية لنظام قانوني يختلف عن نظام الجزاءات في العقود المدنية، وذلك كما يأتي(٢):

من ناحية أولى: فإن الإدارة توقعها بنفسها على المتعاقد معها دون حاجة للجوء إلى القضاء، فالإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته العقدية بنفسها، وذلك دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء مقدماً، وعلة ذلك ظاهرة: حيث إن تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن ذلك قد يضر بالمرفق إضراراً كبيراً، وتفادياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء.

ومن ناحية ثانية: فإن الإدارة تستطيع أن توقع هذه الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى نص في العقد.

فسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها لا تشترط أن ينص عليها في العقد حتى يمكن لها أن تمارسها، فهي سلطة مستقلة عن نصوص العقد، ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في تسييره أو تنظيمه، وعدم توقفه مما يغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

لذلك فإن الهدف من إيقاع هذه الجزاءات على المتعاقد هو ضمان قيامه

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، لعبد الله الوهيبي، ص٢٢٦.

(٢) انظر: الوجيز في العقود الإدارية، د. جابر جاد نصار، ص٢١٣، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ٢٠٠٠م)؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢١١، ٢١٢.



بتنفيذ أو تشغيل المرفق العام واتخاذ كافة الاحتياطات والإجراءات لضمان ذلك، ومن ثم فإنه إذا نص على بعض هذه الجزاءات، فإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق البعض الآخر دون أن يحاجها المتعاقد معها بعدم وجود النص عليها في العقد[1].

ويتم تحديد تلك الجزاءات من خلال النصوص التي ترد في الأنظمة أو اللوائح أو شروط العقد أو العرف الإداري، وتتمثل في الجزاءات المالية كالغرامات ومصادرة الضمانات، وقد تكون على شكل وسائل ضغط على المتعاقد كسحب العمل منه أو تنفيذه على حسابه بنفسها أو بمتعاقد آخر أو وضع المشروع تحت الحراسة في عقد الامتياز، وقد تكون عقوبات جذرية تنهي الرابطة العقدية كفسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية.

وهناك خصائص مشتركة لهذه الجزاءات يمكن تلخيصها في الآتي:

١ ـ إن الإدارة تستطيع إيقاع هذه الجزاءات بنفسها مباشرة، ولا تحتاج إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بذلك.

ويرى البعض أن عقود الامتياز لا تندرج في هذه الحالات إذ يجب الحصول على حكم بذلك بالنسبة لإسقاط الامتياز.

٢ ـ إن الإدارة تستطيع تطبيق تلك الجزاءات ولو لم ينص عليها في العقد أو نص على بعضها دون الآخر.

٣ ـ ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات، وهذا الأمر محل خلاف أيضاً في بعض العقود، خاصة عندما يكون الجزاء الذي تريد الإدارة تطبيقه مذكوراً في العقد.

٤ ـ خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء.

وسلطة القضاء في مراقبة الإدارة في تطبيق تلك الجزاءات واسعة تتناول مشروعية تلك القرارات سواء من حيث الشكل أم الاختصاص أم مخالفة

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢١١.



الأنظمة أم التعسف أم الانحراف بمعنى أنها من قبل القضاء الكامل، بحيث تمتد إلى الأسباب التي حدت بالإدارة إلى توقيع الجزاء، وما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة، وما إذا كان الجزاء يتناسب مع خطأ المتعاقد.

إلا أن سلطات القضاء ليست واحدة في مواجهة الجزاءات غير المشروعة أو القاسية حيث يستطيع في الجزاءات المالية أن يحكم بردها أو الإعفاء منها أو تخفيضها حسب الأحوال.

أما الجزاءات المتعلقة بوسائل الضغط والإكراه، فإن القضاء لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات، وإنما يستطيع الحكم بالتعويض عنها[(١)].

ونظراً لأهمية إيقاع هذه الجزاءات على المتعاقد، فإن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من ٢٥ جمادى الآخرة ١٤٢١هـ، إلى غرة رجب ١٤٢١هـ.

بعد اطلاعه على البحوث الواردة في المجمع بخصوص موضوع (الشرط الجزائي)، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حول الموضوع بمشاركة أعضاء المجمع وخبرائه وعدد من الفقهاء، قرر عدة نتائج منها، ما يأتي:

«رابعاً: يجوز أن يشترط الشرط الجزائي في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً؛ فإن هذا من الربا الصريح.

وبناءً على هذا، فيجوز هذا الشرط ـ مثلاً ـ في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

ولا يجوز ـ مثلاً ـ في البيع بالتقسيط بسبب تأخر المدين عن سداد

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٤٥٠؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٢١٠ ـ ٢١٢؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ٢٢٧، ٢٢٨.



الأقساط المتبقية سواء، كان بسبب الإعسار أو المماطلة، ولا يجوز في عقد الاستصناع بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء ما عليه.

خامساً: الضرر الذي يجوز التعويض عنه ما يشمل الضرر المالي الفعلي، وما لحق المضرور من خسارة حقيقية، وما فاته من كسب مؤكد، ولا يشمل الضرر الأدبي أو المعنوي.

سادساً: لا يُعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرِط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسبب خارج عن إرادته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدِّل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك، أو كان مبالغاً فيه»[1].

* المسألة الثانية *

حقوق صاحب الامتياز

الأصل أن لا تختلف حقوق المتعاقد مع الإدارة كثيراً عن الحقوق التي تقرها العقود المدنية، وذلك لأن المتعاقد ـ بعكس الإدارة ـ يسعى إلى تحقيق مصالحه الخاصة، ولذا فإنه لا يتمتع ـ كقاعدة عامة ـ إلا بالحقوق التي يستمدها من العقد، ولا يستند إلى هدف يتصل بالمرفق العام أو بالمصلحة العامة حتى يستمد من ذلك حقوقاً تتجاوز الحقوق المنصوص عليها في العقد.

إلا أن اتصال العقد بالمرفق العام ينعكس في الواقع على مركز المتعاقد ويضفي عليه طابعاً خاصاً، حيث يتمتع المتعاقد صاحب الامتياز مع الإدارة بحقوق تتناسب مع وضعه وطبيعة العلاقة التعاقدية، إذ يتطلب ذلك التقابل في الوفاء بالالتزامات التعاقدية، فمن يعمل يستحق الأجر، ومن يتضرر من تصرف معين يستحق التعويض أو الإقالة.

ومن الطبيعي أن يتم إقرار مثل هذه الحقوق في مقابلة الالتزامات حتى

---

(١) مجلة المجمع الفقهي، العدد: الثاني عشر/ ٢/ ٣٠٦.



لا يؤدي ذلك إلى توقف المصالح المتعاقد لتحقيقها أو الإضرار بأحد الأطراف على حساب الآخر، وهو ما يتنافى مع مبادئ العدالة ويؤدي إلى حرمان الإدارة من التعامل مع المتعاقدين الأكفاء[١].

وتتمثل حقوق صاحب الامتياز تجاه الإدارة في حصول صاحب الامتياز على المقابل المالي المتفق عليه، وأن تحفظ له حقه في إعادة التوازن المالي (التعويضات المالية المحتملة) لقيمة العقد فيما لو واجه ظروفاً أو أسباباً تؤدي إلى إلحاق خسارة به، كما أن من تلك الحقوق حقه في طلب المزايا المساعدة التي تؤدي إلى مستوًى عالٍ من الأعمال والخدمات المنفذة.

لذا ناسب تقسيم هذه المسألة إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: المقابل المالي.

الفرع الثاني: التعويضات المحتملة.

الفرع الثالث: المزايا المساعدة.

الفرع الأول: المقابل المالي

يعتبر حصول المتعاقد على المقابل المالي الحق الأساسي والمهم، الذي يتمتع به تجاه الإدارة، وهذا الحق هو الذي يعول عليه صاحب الامتياز في تعويض ما يصرفه من نفقات، مع ما يمكن أن يصحب ذلك من إعانات أو منح قروض[٢].

والمسلَّمُ به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد الإداري هي ـ بصفة عامة ـ شروط تعاقدية، ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تمسها بالتعديل دون موافقة الطرف الآخر إلا ما يتعلق بعقود الامتياز فإنها من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية، وبالتالي تستطيع الإدارة أن تعدلها بإرادتها

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية للوهيبي، ص٢٧٨، ٢٧٩.
(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٢٧؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، د. صالح بكر الطيار، ص٣٤.





المنفردة، دون حاجة لرضاء المتعاقد[١].

ويجب بشكل عام أن يكون المقابل المادي الذي يتم الاتفاق عليه ثمناً عادلاً لا يبخس صاحب الامتياز حقه، ولا يؤثر على الخزينة العامة، بحيث لا يترتب عليه إثراء أحد الطرفين على حساب الآخر، ويتم ذلك سواء كان التعاقد قد تم بموجب منافسة عامة أم محدودة أم بشكل مباشر[٢].

وقد يحدث أحياناً ألا يتم تحديد الثمن أو جزء منه في العقد، ففي هذه الحال يحدد الثمن بموجب سعر السوق وقت الشراء.

كما تظهر هذه الحال عند تكليف صاحب الامتياز بأعمال إضافية ليس لها مثيل في العقد حيث يتم التفاوض معه مسبقاً على ذلك، ومن ثم الاتفاق على أسعار جديدة.

أما إذا ورد في عطاء المتعاقد بنود لم يضع لها أسعاراً معينة، فإن من حق الإدارة عند المحاسبة أن تعتبرها مشمولة بالمبلغ الإجمالي للعرض أو يمكن المحاسبة عليها بموجب أقل الأسعار المقدمة لذلك البند في المنافسة.

والقاعدة أن يقتصر المتعاقد على تنفيذ الأعمال المطلوبة منه دون غيرها، وليس له أن يضيف إليها من عنده، فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة خطئه إلا أن الأعمال الزائدة التي تظهر عند التنفيذ يختلف حكمها حسب طبيعتها وأهميتها وظروف تنفيذها ومدى كونها مماثلة لما ورد في العقد من فئات وبنود أو عدمه.

ففي تلك الحالات التي يتضح فيها أن تلك الأعمال الزائدة ضرورية ولا مناص من تنفيذها، فإنه إذا كانت هذه الأعمال مشمولة بالتسعير الوارد في العقد، فإنه يمكن محاسبة المتعاقد بموجب ذلك شريطة التقيد بما تنص عليه الأنظمة والعقود من حدود للأعمال الإضافية أو ما يتبع ذلك من إجراءات استثنائية.

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٢٨.

(٢) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢٨٤.



أما إذا لم يكن لتلك الأعمال بنود وفئات مماثلة، فيجب الاتفاق مع المتعاقد بشأنها بحيث يتم التفاوض معه للوصول إلى أسعار عادلة لتلك البنود، وهو ما سبق الإشارة إليه عند الحديث عن سلطة الإدارة في التعديل.

أما إذا قام المتعاقد بتنفيذ أعمال زائدة بمبادرة منه ودون تعميد مسبق من الإدارة، فإنه إذا كان تنفيذ تلك الأعمال قد تم استجابة لما يوجبه التصميم والكميات الفعلية على الطبيعة، ولم يؤد إلى إحداث تعديل في المخططات، فإن المتعاقد يستحق قيمة تلك الأعمال الإضافية باعتبارها من مستلزمات العقد، ولا تحتاج هذه الأعمال إلى تعميد خطي.

أما إذا كان العقد ينص على أنه لا يجوز للمتعاقد إجراء أي تغيير في العقد يترتب عليه زيادة في الأسعار وأنه يجب أن يصير التعديل من جهة الإدارة، فإن المتعاقد إذا نفذ أعمالاً زائدة بالمخالفة للنص المشار إليه، فإنه لا يستحق تعويضاً عن ذلك ولو أن الاستشاري المشرف قد أمره بذلك.

كما أنه لا يجوز إلزام المتعاقد بالأعمال الإضافية التي تجاوز النسبة المسموح بها عقداً أو نظاماً ـ إذا حصلت الجهة الإدارية على موافقة من الجهة المختصة بنفس أسعار العقد ـ، بل يحق للمتعاقد المطالبة بالأسعار العادلة.

أما عن **كيفية دفع المقابل المالي** لصاحب الامتياز، فإن طبيعة تنفيذ العقود تقتضي أن يتم الدفع بعد التنفيذ والتأكد من قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته حسب شروط العقد إلا أنه يجوز في عقد الامتياز مساعدة المتعاقد في الحصول على دفعات مقدمة أو جارية حسب تقدم العمل؛ وذلك لأنه لا يتوفر في كثير من الحالات وجود متعاقدين قادرين على التصرف على تنفيذ العقد حتى انتهائه، خاصة العقود ذات التكاليف الكبيرة.

إضافة إلى أن بعض عقود الامتياز يتطلب تجهيزاً وإعداداً في بداية العمل مما يستوجب توفير السيولة لصاحب الامتياز، لذلك تجيز الأنظمة واللوائح صرف مبالغ على الحساب إما مقابل ضمانات بنكية أو على شكل دفعات





جارية يراعى فيها أن يكون العمل المنجز أكثر من القيمة المدفوعة[(١)].

وإجمالاً يُعَدُّ هذا الحق لصاحب الامتياز هو الحق الرئيس الذي تعاقد صاحب الامتياز من أجله، إذ هدفه هو تحقيق المصلحة الخاصة لا العامة، وهي تتمثل بالدرجة الأولى في المقابل المالي، وبقية الحقوق تابعة لهذا الحق[(٢)].

هذا ما يتعلق بالمقابل المالي في النظام.

• المقابل المالي في الفقه الإسلامي:

أما في الفقه الإسلامي فإن الامتياز باعتباره عقداً من عقود المعاوضات المالية، فإنه إذا تم مستوفياً للشروط الشرعية، فإنه يثبت للمتعاقدين البدلان اللذان تم الاتفاق عليهما.

ويشترط لصحة الأجرة (المقابل المالي) سواء كانت معجلة أم مؤجلة، أن تكون معلومة[(٣)]. ويتحقق العلم بها، إما برؤية مقارنة أو متقدمة بزمن لا تتغير فيه.

والرؤية إما أن تكون لجميعها أو بعضها الدال على بقيتها، هذا إذا كانت حالة معينة.

وإذا كانت مؤجلة فإنه يشترط فيها أن تكون معلومة جنساً وقدراً وصفةً.

وبهذا يتبين أن أخذ صاحب الامتياز للمقابل المالي في عقد الامتياز، هو حق أصيل مشروع، وقد أثبت الفقه الإسلامي هذا الحق له شريطة الالتزام بالشروط التي قررها الفقهاء في العوض.

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٢٨٤ ـ ٢٨٨؛ والأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٣١، ٥٤٢، ٥٥٢.

(٢) انظر: موجز مبادئ القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٣٧.

(٣) انظر: المغني ٨/ ١٤؛ وعقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية، د. عبد الوهاب أبو سليمان، ص٣٥، (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط١، ١٤١٣هـ)؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٨٦.





الفرع الثاني: التعويضات المحتملة

يقصد بالتعويضات المحتملة أو إعادة التوازن المالي للعقد، أنه قد تزيد الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، فيختل التوازن المالي للعقد، بمعنى أنه يحصل هناك فارق كبير بين العوضين المقدمين من قبل طرفي العقد، وذلك بحصول إجحاف في جانب المتعاقد مع الإدارة.

وفي هذه الحال يجب على جهة الإدارة أن تكفل للمتعاقد معها إعادة التوازن المالي للعقد، سواء كان هذا الاختلال حاصلاً بسبب استعمال الإدارة سلطتها في تعديل النصوص، أم كان بأسباب أخرى طرأت بعد منح الامتياز، سواء كانت أسباباً اقتصادية أم اجتماعية أم سياسية أم غير ذلك، مما لم يكن متوقعاً أثناء العقد مما يحتم على الإدارة أن تعيد وتحفظ التوازن المالي للمتعاقد بحيث تشاركه في الخسائر التي يتعرض لها[(١)].

وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص، فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها.

وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة، بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته.

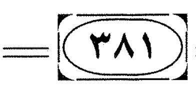
ففكرة التوازن إنما هي فكرة ملازمة لحق التعديل الذي تقدم شرحه[(٢)].

والإدارة حينما تعيد التوازن المالي للامتياز لا تهدف من وراء ذلك إلى منفعة صاحب الامتياز بقدر ما تهدف إلى منفعة المرفق وضمان استمراره؛ وذلك لأنه ليس من مصلحة الإدارة أن تنص في عقد الامتياز على التزامات تؤدي إلى عجز صاحب الامتياز وإفلاسه، وبالتالي توقف المرفق العام عن تأدية خدماته.

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٥٤؛ والعقود الإدارية، د. محمود البنا، ص٢٢٥؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٠٣؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٨٩؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٨، ٦٩.

(٢) في ص٣٢٧؛ وانظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٥٤.



أما التعويض الذي تلتزم به الإدارة لصاحب الامتياز، فقد يأخذ صورة تعويض كلي يغطي جميع التكاليف الطارئة التي تحملها صاحب الامتياز، وذلك حينما يكون سبب اختلال التوازن المالي للعقد إجراءً عاماً، أو كان سببه استعمال الإدارة سلطتها في تعديل النصوص اللائحية.

وقد يكون التعويض جزئياً، وذلك في حال الظروف الطارئة التي تحدث بعد إبرام عقد الامتياز، وتؤثر في التوازن المالي للعقد، وبيان هذين القسمين فيما يأتي:

○ القسم الأول: التعويض الكلي:

يكون التعويض كلياً عندما تدفع الدولة لصاحب الامتياز جميع التكاليف المالية التي تكبدها نتيجة إصدار قوانين عامة أو إدارية أخلت بالتوازن المالي للعقد كفرض رسوم أو رفع بعض أسعار المواد أو زيادة الأجور أو تحديد ساعات العمل، أو إصدار قوانين خاصة بحوادث العمل، أو غير ذلك مما يزيد من أعباء المتعاقد.

والحال الثانية التي يكون فيها التعويض كلياً، هي حال ما إذا استعملت الدولة سلطتها في تعديل النصوص اللائحية للامتياز، مثل: خفض التعرفة أو خفض تكاليف إيصال التيار الكهربائي أو ما أشبه ذلك، فمن حق صاحب الامتياز أن يأخذ تعويضاً كاملاً عمَّا أصابه بسبب الشروط الجديدة التي فرضتها الإدارة عليه، ويكون من حق الإدارة حينئذٍ أن تختار شكل التعويض الذي سوف تدفعه لصاحب الامتياز، فقد يكون إعانة نقدية، وقد يأخذ شكل رفع سعر التعرفة السابقة بشكل يمكِّن صاحب الامتياز من التعويض.

والأساس الذي يعتمد عليه هذا الحق إلى جانب فكرة التوازن المالي للعقد، هو وجوب التكافؤ بين الحقوق والسلطات التي تتمتع بها الإدارة مع ما يجب أن يتقاضاه صاحب الامتياز، وأنه لا يمكن أن يترك للإدارة صلاحية التعديل والتدخل مع ما يترتب على ذلك من زيادة الأعباء المالية لصاحب الامتياز دون أن يصاحب ذلك حقه في زيادة قيمة العقد بما يوازي المبلغ

الذي اتفق عليه، وإلا فإن عدم القول بذلك يؤدي إلى إنقاص قيمة العقد[١].

ومثل هذا التعديل وكذلك القوانين العامة مشروعة في الأصل وضرورية لتحقيق المصلحة العامة، ولا يمكن أن يقف الامتياز عائقاً لإصدارها، وإنما أجاز القضاء الإداري لصاحب الامتياز أن يطالب بتعويض إذا كان من شأن هذه القوانين أو تعديل العقد أن تؤثر في عنصر أساسي من عناصر التوازن المالي لعقد الامتياز.

وهذه الحال التي يكون فيها التعويض كلياً، ويكون سبب اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تدخل الدولة المباشر أو غير المباشر تسمى نظرية (عمل الأمير) أو (إجراءات السلطة)[٢]، وهي إحدى النظريات الثلاث للتوازن المالي للعقد، التي تجيز لصاحب الامتياز مع الإدارة مطالبتها بالتعويض عما أصابه من أضرار وإن لم ترتكب جهة الإدارة خطأً عقدياً أو تقصيرياً[٣].

وإذا أردنا تعليل موقف السلطة هذا، والأساس الذي يستند إليه، فإنه يرجع إلى سببين:

السبب الأول: يرجع إلى أنه ليس من مصلحة الدولة أن تصدر قوانين تؤثر في التوازن المالي للعقد، وقد تؤدي إلى إفلاس حامله وتوقف المرفق العام عن أداء خدماته، فمصلحة الدولة تكون في مد يد العون لصاحب الامتياز في حال تأثر التوازن المالي حتى يستمر في إدارة المرفق العام وتشغيله.

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٠٤، ٣٠٥؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٧٣.

(٢) وتعني نظرية عمل الأمير: صدور عمل أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها، ويترتب عليه ضرر للمتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، يستوجب تعويضه.
انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٦٣.

(٣) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٩٥؛ والعقود الإدارية ـ النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، د. إبراهيم طه الفياض، ص٢٥١، (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٤٠١هـ)؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٠٩؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٦٦، ١٧٤.







السبب الثاني: يرجع إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، فليس من المقبول أن يضحى بفريق لمنفعة فريق آخر دون أن يعوض الضرر، وبعبارة أخرى نقول: إن صاحب الامتياز مع الإدارة هو جزء من المجتمع، وكما تدخلنا في تعديل العقد لمصلحة جزء من المجتمع، فيجب كذلك إعادة التوازن المالي للعقد؛ لأن في ذلك مصلحة لجزء آخر من المجتمع يتمثل في المتعاقد مع الإدارة[١].

ولا يمكن الحكم لصاحب الامتياز بالتعويض الكامل خلال نظرية عمل السلطة إلا إذا توافرت في ذلك شروط معتبرة[٢]، هي:

١ ـ أن يكون هناك رابطة تعاقدية بين الدولة وبين المتضرر من الإجراءات الصادرة عن الدولة.

٢ ـ أن يترتب على عمل السلطة ضرر مادي يلحق بصاحب الامتياز مع الدولة في سبيل تنفيذ تعاقده، وليس هناك حد معين لحجم الضرر، فقد يكون جسيماً أو يسيراً أو ضرراً فعلياً يصيب المتعاقد أو مجرد نقص في الربح المتوقع.

٣ ـ أن يصدر ذلك العمل من الجهة المتعاقدة نفسها.

٤ ـ ألا ينطوي تصرف الإدارة على خطأ، بمعنى أن يكون تصرف الإدارة الذي ترتب عليه الضرر للمتعاقد في حدود سلطتها العامة التي تستهدف تحقيق الصالح العام. أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ، فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ.

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ٥٦٧؛ وآثار الامتياز في القواعد العامة وفي المملكة العربية السعودية، لإبراهيم بن عبد العزيز الطريف، ص١٢، بحث مقدم لمعهد الإدارة العامة للحصول على دبلوم دراسات الأنظمة، في عام: ١٤٠٦هـ.

(٢) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٥٧٣؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣٠٩ ـ ٣١١؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٦٤ ـ ١٧٢.



٥ ـ يجب أن يكون الإجراء غير متوقع، فإذا كان متوقعاً فإنه لا مجال لإعمال هذه النظرية، ويتم تطبيق شروط العقد.

٦ ـ أن يلحق صاحب الامتياز ضرر خاص، لا يشاركه فيه من يمسه القرار العام. ومثال ذلك: لو تم فرض رسوم على بعض المواد التي يلتزم المتعاقد بتأمينها، حيث إن غيره من المتعاقدين الآخرين قد يتضرر بنسب متفاوتة، ولكن المتعاقد يتضرر أكثر من غيره لكون التزامه محصوراً في تلك المواد.

○ القسم الثاني: التعويض الجزئي:

يكون هذا التعويض في حال الظرف الطارئ[١]، وتطبق في هذه الحال النظرية المعروفة بـ(نظرية الظروف الطارئة)، وذلك حينما تطرأ ظروف استثنائية غير متوقعة أثناء العقد الإداري، سواء كانت هذه الظروف اقتصادية كأزمة مالية، أم ارتفاع في الأسعار بشكل يخرج عن المألوف، أم ظروف سياسية خطيرة تؤثر في التوازن المالي للعقد كالحروب، أم أي ظروف أخرى من شأنها أن تؤثر في التوازن المالي للعقد[٢].

فإذا حصل شيء من هذه الظروف الاستثنائية أثناء تنفيذ العقد، فإن صاحب الامتياز سيجد نفسه أمام تكاليف باهظة لم يكن يتوقعها، يختل بها العقد اختلالاً جسيماً، ويستحيل معها مؤقتاً تنفيذ العقد ضمن الشروط التي عقد فيها، بحيث يكون العقد أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، ومع ذلك يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تشغيل المرفق دون توقف؛ لأن الصالح العام يقتضي ذلك[٣].

---

(١) الظرف الطارئ، هو: الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد، فيؤدي إلى اختلال واضطراب في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان، مما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة، وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعاً.
انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٧٦.

(٢) انظر: نظام البترول، د. عمر باخشب، ص١٣٥ ـ ١٣٩؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣١٢؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٧٤.

(٣) انظر: الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ـ دراسة مقارنة، د. علي محمد =



وفي مقابل استمراره في تشغيل المرفق في هذه الظروف يجب على الإدارة أن تتحمل التكاليف التي يتطلبها سير المرفق مع هذه الظروف التي تتجاوز توقعات المتعاقدين.

ولا بد من إيجاد وسيلة تكفل تحقيق التوازن بين التزام الأطراف في تعاقدهم، وما يجدُّ من أوضاع متغيرة في هذه الحياة[(١)].

وتختلف هذه النظرية عن نظرية فعل الأمير سالفة الذكر في أن نظرية الظروف الطارئة تستند إلى حوادث مستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، بينما نظرية فعل الأمير تستند إلى فعل إداري من قبل السلطة العامة.

وتختلف أيضاً عن نظرية (القوة القاهرة):

ذلك أن التنفيذ في الظروف الطارئة ممكن إذا تلقى صاحب الامتياز المساعدات من الدولة، بينما يستحيل التنفيذ في حال القوة القاهرة استحالة مطلقة، ويؤول العقد إلى الفسخ[(٢)].

وهناك ثلاثة أسباب تعتمد عليها نظرية الظروف الطارئة، هي[(٣)]:

١ ـ مبدأ وجوب استمرار المرفق العام، إذ يقتضي هذا المبدأ مساعدة صاحب الامتياز على اجتياز الصعوبات التي قد تؤدي إلى توقفه عن العمل وطلب فسخ العقد. وليس من مصلحة الإدارة أن تجبر المتعاقد معها على تنفيذٍ تعلم أن مصيره التوقف أو اضطراب سير المرفق.

٢ ـ أن المتعاقدين لم يتوقعا الوضع الاستثنائي، وإلا لعالجاه في العقد،

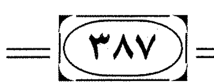
= علي متولي، ص١٠، ١١، (القاهرة، ط بدون، ١٩٩١م)؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣١٥؛ وعقود البوت، د. جابر نصار، ص١٧٦، ١٨٢.

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٣٠٥.

(٢) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٨٨.

(٣) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٦٢٨؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣١٥؛ وآثار الامتياز لإبراهيم الطريف، ص١٣؛ والوجيز في الحقوق الإدارية، د. عدنان العجلان، ص٣٥٢، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٣٧٩هـ)؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص٩٢؛ وعقود البوت، د. جابر نصار، ص١٨٢ ـ ١٨٦.





فليس من العدل أن يُحْمَلَ صاحب الامتياز على تنفيذ بنود عقد الامتياز في ظروف تختلف اختلافاً كبيراً عن وقت التعاقد دون أي مساعدة من جانب الدولة.

٣ ـ إن الشروط المالية المدونة في عقد الامتياز بُنِيَتْ على أساس الظروف القائمة وقت التعاقد، وهي شروط عقدية، ومن بينها التوازن المالي للعقد، فينبغي على الإدارة إعادته في حال اختلاله.

هذا ويشترط لتعويض إعادة التوازن المالي، سواء كان بناء على نظرية عمل الأمير أم نظرية الظروف الطارئة ما يأتي(١):

١ ـ أن يكون الإجراء الصادر من الدولة غير متوقع أو الأحداث التي وقعت وأخلت بالتوازن المالي لم يكن بوسع صاحب الامتياز توقعها، أما إذا كانت متوقعة عند إبرام العقد، ومع ذلك أقدم على إبرامه من غير أن يأخذ الاحتياطات اللازمة لمواجهة هذه الظروف، ففي هذه الحال يتحمل صاحب الامتياز نتيجة خطئه في التقدير.

٢ ـ أن لا تكون هذه الظروف راجعة إلى خطأ صاحب الامتياز، وإلا فإنه يتحمل نتيجة خطئه، أو أن يكون نتيجة خطأ صادر من الدولة، وإلا فإنها تكون مسؤولة مسؤولية عقدية عن هذا الخطأ.

٣ ـ أن يكون اختلال التوازن المالي الذي يراد تعويضه بناء على نظرية الظروف الطارئة تحديداً من شأنه أن يجعل من تنفيذ الامتياز عملية خاسرة تهدد صاحب الامتياز بالإفلاس إذا هو استمر في التنفيذ، بمعنى أن تتجاوز الخسارة العادية التي يمكن لأي متعاقد أن يتحملها.

وعلى هذا فإن الظروف الطارئة إذا كانت لا تجعل تنفيذ العقد مرهقاً لصاحبه وتهدده بالإفلاس، وإنما يقتصر أثرها على إنقاص أرباحه فلا محل للتعويض في هذه الحالة.

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٦١١؛ والعقود الإدارية، د. محمود البنا، ص٢٢٨؛ وآثار الامتياز، لإبراهيم الطريف، ص١٤؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي ص٣٢٩.





أما إذا كان التعويض بناء على نظرية فعل الأمير، فإن الإدارة تتحمل أي تكاليف يمكن أن يتكبدها المتعاقد بناء على فعلها، مهما كان حجم هذه التكاليف كثرة أو قلة؛ لأن الإدارة يجب أن تتحمل نتائج تصرفاتها.

هذا بعض ما يتعلق بحكم التعويضات المحتملة في النظام.

• التعويضات المحتملة في الفقه الإسلامي:

يمكن بيان حكم ذلك في الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

إذا كان الضرر قد لحق صاحب الامتياز بسبب تصرفٍ قامت به الدولة، وأدى هذا التصرف إلى اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز، فإن من واجب الدولة دفع تعويض لأجل ما لحق صاحب الامتياز من أضرار.

وتقوم فكرة التعويض في الفقه الإسلامي على مبدأ إزالة الضرر المادي الحائق بالآخرين، والشائع التعبير عنه في الفقه الإسلامي بالضمان(١).

وقد توسع الفقهاء في أحكام الضمان حتى أفرده بعضهم بالتصنيف(٢).

ومن قواعد الفقه المهمة المقررة أن «الضرر يزال»(٣).

وإزالة الضرر الواقع على الأموال يتحقق بالتعويض، وهو: عبارة عن غرامة التالف، أو دفع ما وجب من بدل مالي بسبب إلحاق ضرر بالغير(٤).

وذلك يستهدف إزالة الضرر، وإصلاح الخلل الذي طرأ على المضرور، وإعادة الحالة المالية إلى ما كانت عليه قبل الأضرار(٥).

---

(١) انظر: نظرية الضمان في الفقه الإسلامي المعاصر، د. محمد فوزي فيض الله، ص١٥٨، (الكويت: مكتبة دار التراث، ط١، ١٤٠٦هـ)؛ ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص٩٢، (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤١٨هـ).

(٢) انظر على سبيل المثال، كتاب: مجمع الضمانات للعلامة أبي محمد بن غانم البغدادي.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١/ ٨٦؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ص١٧٦.

(٤) انظر: معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د. نزيه حماد، ص١١٩؛ ومعجم لغة الفقهاء، مادة: «تعويض»، ص١١٧؛ ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د. محمود عبد الرحمٰن عبد المنعم ١/ ٤٧٧.

(٥) انظر: نظرية الضمان، د. محمد فوزي فيض الله، ص١٦٠.



والقاعدة العامة في تضمين الماليات: هي مراعاة المثلية التامة بين الضرر وبين العوض كلما أمكن ذلك، حيث إن ضمان العدوان مقدر بالمثل بنص القرآن الكريم[(١)]، قال تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ﴾ [النحل: ١٢٦].

وبناء على ذلك، فإن حق صاحب الامتياز في تقاضي التعويض مقابل ما قامت به الدولة من تصرفات سواء بتعديل في نص العقد مباشرة أم بسنِّ قوانين عامة تؤدي إلى إلحاق الضرر بصاحب الامتياز، هو حق مشروع له؛ وذلك لجبر الضرر الذي لحق به.

أما التعويض الجزئي الذي تدفعه الدولة في حال الظروف الطارئة[(٢)]، فهو وإن كان ليس للدولة يد في حدوث ذلك الضرر إلا أن رغبة الدولة في عدم توقف سير المرفق العام، هي التي تدفعها لدفع المبالغ المالية التي تكفل سير المرفق العام بالشكل المطلوب، حتى لا تتعطل المصالح العامة، فالدولة حينما تدفع التعويض في هذه الحال إنما تنظر إلى المصلحة العامة لا المصلحة الخاصة لصاحب الامتياز، ولا شك أن العمل على دعم المصالح العامة، هو من واجبات الدولة الأساسية في الإسلام.

ونظراً لكثرة النوازل المعاصرة بهذا الشأن، فإن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بحث موضوع الظروف الطارئة، وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، في دورته الخامسة المنعقدة من ٨ ـ ١٦ ربيع الآخر سنة ١٤٠٢هـ، واتخذ بشأنها قراراً يتضح فيه جانب التيسير للمشقة أو للضرر، نصه ما يأتي[(٣)]:

«١ ـ العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/٧٩؛ ونيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٢٣؛ ونظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص٩٢ ـ ٩٣.

(٢) انظر: قاعدة المشقة تجلب التيسير، د. يعقوب الباحسين، ص٥١٥، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٤هـ).

(٣) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ص١٠٧، ١٠٨.

تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غَيَّرَ الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة، لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة، من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحالة عند التنازع، وبناء على طلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين، كما يجوز له أن يفسخ العقد، فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة، التي تلحقه مع فسخ العقد، بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢ ـ ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين، بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق». اهـ.

الفرع الثالث: المزايا المساعدة

تتعهد السلطة الإدارية مانحة الامتياز في كثير من الأحيان بأن تحقق لصاحب الامتياز مزايا مختلفة، فيكون من حق الملتزم أن يحصل عليها.

فقد تتعهد الإدارة أن تقدم لصاحب امتياز المرفق العام قروضاً، أو إعانات، أو تتضمن له ما يعقده من قروض من البنوك، كما تتعهد بعدم الترخيص لشركة أو فرد آخر باستغلال مشروع مماثل للمشروع الممنوح امتيازه أو أن تلتزم بتقديم قطعة أرض لصاحب الامتياز يقيم عليها المرفق، فيكون من



حقه أن يطالب بتنفيذ هذه التعهدات[١].

كذلك من حق صاحب الامتياز أن يحصل على التسهيلات التي تمكنه من تنفيذ التزاماته، كحق الحصول على الرخص المختلفة التي يستلزمها العمل، وحق استخدام الطرق العامة وغيرها من الأموال العامة إذا كان ذلك لازماً لاستغلال المرفق، ولو لم ترد هذه التسهيلات في شروط التعاقد، إذ يتنافى مع طبيعة الامتياز أن يباح للسلطة مانحة الالتزام أن تعمل على تعطيل تنفيذ شروط التعاقد، وإقامة العراقيل في سبيل تنفيذ المتعاقد لتعهداته[٢].

وتتضمن وثيقة الامتياز هذه الالتزامات التي تقع على عاتق مانح الامتياز.

والمسَلَّمُ به أن هذه الشروط شروط تعاقدية لا يجوز لمانح الامتياز بإرادته المنفردة إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها، وإلا ترتبت على ذلك مسؤوليته.

وإذا كانت المزايا كلها أو بعضها جوهرياً بحيث يستحيل أو يصعب تشغيل المرفق بدونها، فلا بد من توافرها، وإلا كان لصاحب الامتياز حق فسخ العقد والمطالبة بالتعويض[٣].

هذه نبذة يسيرة عن مدى أهمية المزايا المساعدة في النظام.

• المزايا المساعدة في الفقه الإسلامي:

أما بيان حكمها في الفقه الإسلامي، فيتضح من خلال النظر في معنى «المزايا المساعدة»، إذ أنها عبارة عن شروط يُنَصُّ عليها في عقد الامتياز، لذلك فإن حكمها هو حكم الشروط في العقود، فما كان منها موافقاً

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٦٧٤؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٦٦؛ والوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ص٣٤٥؛ وموجز مبادئ القانون الإداري، محمود حلمي، ص١٣٧؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، ص٣٤.

(٢) انظر: موجز مبادئ القانون الإداري، ص١٣٧.

(٣) انظر: القانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص٢٠١.



للشروط الصحيحة فهو صحيح، وما كان ليس كذلك فهو باطل.

وقد اختلف الفقهاء في موقفهم من الشروط المقترنة بالعقد من حيث صحة اقترانها بالعقد وعدم الصحة، وكانوا بين مضيقين وموسعين(١).

ولعل أقرب الأقوال ـ والله أعلم بالصواب ـ هو القول الذي يقضي بجواز الشروط المقترنة بالعقد؛ لأن الأصل في العقود والشروط الحل والإباحة، والناس بحاجة إليها، ويستدل لهذا القول الراجح بما يأتي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ﴾ [المائدة: ١].

٢ ـ قوله تعالى: ﴿وَبِعَهۡدِ ٱللَّهِ أَوۡفُواْۚ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

فقد أمر الله تعالى في هاتين الآيتين وغيرهما بالوفاء بالعقود، وهذا عام يشتمل كل شرط وعهد.

٣ ـ قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»(٢).

---

(١) إذ المضيقون هم الظاهرية، والموسعون هم الحنابلة لا سيما قول شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ومن نحى نحوهما، ثم يلي الحنابلةَ المالكيةُ ثم الحنفيةُ ثم الشافعيةُ.

انظر تفصيل ذلك والاختلاف فيه والاستدلال له في: بدائع الصنائع ٥/١٦٨؛ ونشر العرف في بناء الأحكام على العرف لابن عابدين ٢/١٣٩، ضمن كتاب رسائل ابن عابدين؛ والمقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٦٦ ـ ٦٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٦٥؛ والمجموع للنووي ٩/٣٦٣ وما بعدها؛ وروضة الطالبين ٣/٤٠٣؛ ومغني المحتاج ٢/٣١؛ والمغني ٦/٣٢٣؛ والمحرر في الفقه ١/٣١٢؛ وكشاف القناع ٣/١٨٩؛ والمحلى لابن حزم ٨/٤١٢، م: ١٤٤٥؛ ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/١٣٢؛ وإعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٤٤؛ والموافقات للشاطبي ١/٢٨٤؛ والمدخل للزرقا ١/٤٧٠، ف: ٢١٥؛ ومبدأ الرضا في العقود، د. علي محيي الدين علي القره داغي ٢/١١٦٤، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤٢٣هـ).

(٢) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، برقم: ٣٥٩٤؛ والترمذي في «سننه»، كتاب: الأحكام، برقم: ١٣٥٢، وقال: هذا حديث حسن صحيح؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: الشركة، باب: الشرط في الشركة وغيرها ٦/٧٩؛ وابن الجارود في «المنتقى»، وجميع طرق الحديث لا تخلو من =

٤ ـ الأحاديث التي تنهى عن الغدر، مثل: «ينصب لكل غادر لواءٌ يوم القيامة»[١].

٥ ـ ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: «أنه كان يسير على جمل له قد أعيا، فأراد أن يُسَيِّبَهُ، قال: فلحقني النبي ﷺ، فدعا لي وضربه، فسار سيراً لم يَسِرْ مثله. قال: «بعنيه بِوُقِيَّةٍ»، قلت: لا. ثم قال: «بعنيه» فبعته بوقية، واستثنيت عليه حُملانه إلى أهلي. فلما بلغت أتيته بالجمل، فنقدني ثمنه، ثم رجعت، فأرسل في أثري فقال: «أتراني ماكستك لآخذ جملك؟ خذ جملك ودراهمك فهو لك»»[٢].

وبناء على ذلك، فإن المزايا المساعدة التي ينص عليها في عقد الامتياز، يطبق عليها أحكام الشروط، فما كان منها موافقاً للشروط الصحيحة فهو صحيح شرعاً، وما كان منها شرطاً فاسداً أو باطلاً فهو كذلك.

* المسألة الثالثة *

حقوق المنتفعين

الأصل في العقود أن تكون آثارها والتزاماتها وحقوقها مقتصرةً على أطرافها، ولا تتعداهم إلى غيرهم. ولكن الملاحظ أن العقود الإدارية تخرج عن القاعدة المشار إليها، وتتعدى آثارها من الناحية العملية إلى غير

= مقال، لكن قال شيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى ٢٩/١٤٧: «وهذه الأسانيد ـ وإن كان الواحد منها ضعيفاً ـ فاجتماعها من طرق يشد بعضها بعضاً»؛ وصححه الألباني في «الإرواء»، برقم: ١٣٠٣، وفي «صحيح سنن أبي داود»، برقم: ٣٠٦٣، حيث قال: حسن صحيح.

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الفتن، باب: إذا قال عند قوم شيئاً ثم خرج فقال بخلافه، برقم: ٧١١١.

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: البيوع، باب: شراء الدواب والحمير، برقم: ٢٠٩٧؛ ومسلم في «صحيحه»، كتاب: المساقاة، باب: بيع البعير واستثناء ركوبه، برقم: ٧١٥، واللفظ له.



المتعاقدين[١]، مما يُعَدُّ خروجاً على قاعدة نسبية العقود[٢].

ومن تلك العقود التي تنتج آثاراً بالنسبة للغير، عقد الامتياز، وذلك لاتصاله بالمرافق العامة.

والحقوق التي يرتبها عقد الامتياز للغير عبارة عن حقين، هما: حق الانتفاع، وحق المطالبة بالتدخل.

لذا ناسب تقسيم هذه المسألة إلى فرعين:

الفرع الأول: حق الانتفاع.

الفرع الثاني: حق المطالبة بالتدخل.

الفرع الأول: حق الانتفاع

عقد الامتياز لا يبرم لمصلحة شخصية، ولكنه يعقد لتحقيق غرض أساسي، وهو إشباع حاجات عامة، ولهذا فإن الكثير من آثار الامتياز تنصرف إلى جمهور المنتفعين بالمرفق العام[٣].

وقد يكون بين المنتفعين وصاحب الامتياز عقد بمقتضاه يقدم الثاني للأول خدمات المرفق في نظير رسم محدد، كما في عقود تقديم خدمة الكهرباء مثلاً. وهنا يلتزم الطرفان بالخضوع لهذا العقد كأي ملتزم في عقد عادي، غير أنه يجب أن يلاحظ أن العقد القائم بين المنتفع وصاحب الامتياز إنما يستند إلى عقد الامتياز؛ لأن الطرفين إنما يتعاقدان في حدود هذا العقد.

فإذا لم يوجد مثل هذا العقد، جاز لكل من استوفى شروط الانتفاع بالخدمات التي يؤديها صاحب الامتياز أن يطالب هذا الأخير، وأن يطالب الإدارة قضائياً بتنفيذ جميع الشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز

---

(١) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية للوهيبي، ص٣٦٣.

(٢) انظر: العقود الإدارية، د. محمود البنا، ص٢٤٣.

(٣) انظر: موجز مبادئ القانون الإداري، د. محمود حلمي، ص١٣٨؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص١٢٣؛ والنظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، د. صالح بكر الطيار، ص٣٥.

لصالح المنتفعين[١].

وقد اختلف شراح النظام في تحديد الأساس القانوني لحق المنتفعين في هذه الحال على رأيين:

الرأي الأول: إن آثار عقد الامتياز يمكن إرجاعها إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير[٢] المدنية، على اعتبار أن السلطة العامة، وهي تتعاقد مع صاحب الامتياز إنما تشترط لمصلحة المنتفعين، «ففي الحالات التي يتضمن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد شروطاً تعطي حقوقاً للغير، فإن الغير يستمد حقوقه من تلك الشروط الواردة في العقد ولو لم يكن طرفاً في العقد، على أن تكون تلك الشروط تعطي حقاً مباشراً للمنتفع وأن يكون الهدف من ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية»[٣].

غير أن بعض القانونيين قد وجه بعض الانتقادات لهذه الفكرة على النحو الآتي[٤]:

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٦٨٢؛ والاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، د. عباس حسني محمد، ص٤٦٠، ٤٦١؛ والوجيز في القانون الإداري، د. الطماوي، ٣٤٧؛ ونظرة عامة في عقود B.O.T ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية، د. إبراهيم ذكي ١٠٨ ـ ١١٠، بحث في كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم.

(٢) أصبحت فكرة «الغير» ـ في آخر مراحلها ـ في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، ومجال التنظيم الإداري بصفة عامة مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية. وبالتالي فإن جهة إدارية معينة لا تعتبر من قبيل الغير بالنسبة إلى جهة إدارية أخرى إلا إذا كانت كل جهة منها تابعة لشخص معنوي مستقل. فالوزارات لا تعتبر غيراً بالنسبة إلى الدولة؛ لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة. ولكن المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة تعتبر غيراً بالنسبة إلى الدولة، وبالنسبة إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص؛ انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٦٩٢.

(٣) القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٦٣، ٣٦٤.

(٤) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص٦٨٥، ٦٨٦؛ والاشتراط لمصلحة الغير، د. عباس حسني محمد، ص٤٦٠، ٤٦١؛ وآثار الامتياز، لإبراهيم الطريف، ص٢٢.

١ ـ يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معيناً أو من الممكن تعيينه، وهذا الشرط من العسير تحققه نظراً لأن الإدارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل في عقود الامتياز، وأن تعدل شروط الانتفاع فتدخل طوائف جديدة أو تستبعد بعض الطوائف القديمة من المنتفعين.

٢ ـ إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تؤدي إلى منح الغير حقاً مباشراً بمقتضى العقد وتخوله الحق في مقاضاة المتعهد، ولكن عقود الامتياز تخول الغير المنتفع حقوقاً أكثر من ذلك إذ تسمح له بمقاضاة الإدارة (التي في مركز المشترط) ذاتها، وهو ما لا يتفق في نظر فقهاء القانون العام مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

٣ ـ إن الشرط المشترط لصالح الغير يستقر نهائياً متى قبل الغير هذا الشرط، ولكن ليس هذا هو الشأن في مجال عقود الامتياز، نظراً لأن الإدارة تستطيع في كل وقت أن تتدخل في مجال الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين سواء بالزيادة أم بالنقصان، فيسري التعديل على جميع المنتفعين سواء بالنسبة للقدامى أم للذين ينتفعون بعد التعديل.

٤ ـ إنه لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير أن تفسر حق الغير المنتفع في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء للحصول على أحكام بإلغاء القرارات التي تصدر من صاحب الامتياز في خصوص تنفيذ عقد الامتياز؛ لأن مخالفة الإدارة لشرط وارد في عقد من العقود يثير المسؤولية التعاقدية التي تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الإلغاء الذي يعتبر قضاءً عينياً. لا يثار إلا إذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية.

- **نقد هذه الاعتراضات**(١):

١ ـ بالنسبة للاعتراض الأول: فهو مردود عليه، بأن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير قد وصلت في آخر مراحل تطورها إلى الحد الذي أجازت فيه

---

(١) انظر: الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن، د. عباس حسني محمد، ص٤٦١ ـ ٤٦٤.

الاشتراط لمصلحة شخص غير معين، بل ولمصلحة شخص غير موجود متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره.

٢ ـ يقوم الاعتراض الثاني على أساس أن من حق المنتفع أن يقاضي جهة الإدارة ـ التي في مركز المشترط ـ ذاتها بموجب عقد الامتياز، وأن هذا غير مسموح به طبقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير التي تعطي حق مقاضاة المتعهد وحده.

وهذا الاعتراض غير صحيح، وهو يدل على عدم فهم صحيح لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير في نطاق القانون المدني؛ لأن شراح القانون المدني يجعلون أساس علاقة المشترط بالغير المنتفع ليس فقط عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وإنما أيضاً العلاقة السابقة على عقد الاشتراط، وقد تكون هذه العلاقة تبرعية، وقد تكون غير تبرعية. فإذا كانت غير تبرعية فإن من حق الغير أن يقاضي المشترط إذا كانت هذه العلاقة تبيح هذا.

ولما كانت العلاقة بين الإدارة والأفراد وهي تبرم عقد الامتياز لمصلحة الجمهور غير تبرعية؛ لأنها ملتزمة أصلاً بالقيام بمصالح الجمهور، فإن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تتعارض البتة مع حق الجمهور في مقاضاة الإدارة بناء على عقد الامتياز.

٣ ـ يقوم الاعتراض الثالث على أساس أن الغير يستقر حقه نهائياً بقبول الشرط الصادر لصالحه، وهذا لا يحصل في عقد الالتزام، وهذا الاعتراض أيضاً غير صحيح لسببين:

السبب الأول:

إن الغير المنتفع هنا غير معين، ولذلك فإنه لا يتصور أن يصدر منه قبول إلا وقت قيامه باستخدام المرفق فعلاً، فهو في هذا الوقت فقط يتحدد بذاته، ويعلن عن قبوله ضمناً لعقد الامتياز، فإذا كانت جهة الإدارة قد قررت زيادة الرسوم المتفق عليها في العقد، فإن هذه الزيادة ستسري على جميع المنتفعين طبقاً لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير؛ لأن إعلانهم بقبول الشرط المشترط لصالحهم لا يتصور إلا وقت استخدام المرفق فعلاً، وفي



هذا الوقت ذاته سيدفعون الرسوم المقررة سواء أكانت بالزيادة أم بالنقصان.

السبب الثاني:

إن شراح القانون المدني يقررون أنه لما كان حق المنتفع مصدره عقد الاشتراط الذي تم بين المشترط والمتعهد، فلهذين المتعاقدين أن يكيِّفا هذا الحق طبقاً لما يتم عليه الاتفاق بينهما، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ومن ثَم فإنه يمكن تكييف ما جرى عليه العمل في العقود الإدارية بأنه من قبيل العرف الإداري، فهو بالتالي يسري على الغير المنتفع دون حاجة إلى اشتراطه في العقد صراحة.

ومن هذا يتضح أن الاعتراض بدوره غير صحيح، وينبني على عدم تفهم كاف لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المدني.

٤ ـ والاعتراض الرابع بدوره غير صحيح؛ لأن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير تعطي الغير الحق في مقاضاة المتعهد للوصول إلى حقه كاملاً في الحدود التي تسمح بها القوانين المطبقة. فإذا كان القانون المعمول به يبيح للغير الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري مطالباً بإلغاء بعض قرارات المتعهد، فإن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تتعارض البتة مع هذا الحق في طلب الإلغاء، طالما أن الغير المنتفع له مصلحة محققة من طلب الإلغاء، إذ يساعده هذا على الوصول إلى تحقيق المصلحة المشروطة له، وهذا الشرط نفسه يعتبر شرطاً لقبول دعوى الإلغاء؛ لأنه إذا لم يكن لغير المنتفع مصلحة من إلغاء قرار المتعهد، فإن دعواه تكون غير مقبولة لانعدام المصلحة، ومن ثم فإن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير لا تتعارض البتة مع تقرير حق لجوء الغير إلى رفع دعوى الإلغاء.

الرأي الثاني: إن الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير يكون بناء على الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية؛ لأن من طبيعة تلك العقود أنها تولد آثاراً في مواجهة الغير؛ لأنها وسيلة من وسائل الإدارة في تحقيق المصلحة العامة.

وسواء تصرفت الإدارة عن طريق العقود الإدارية أم عن طريق غيرها من

وسائل، فإنها إنما تستعمل اختصاصاً تستمده من القوانين واللوائح، ومن شأن ممارسة هذه الاختصاصات أن تولد حقوقاً والتزامات في مواجهة الأفراد[١].

هذه إلماعة يسيرة عن حق الانتفاع في النظام.

• حق الانتفاع في الفقه الإسلامي:

أما حكم حق الانتفاع في الفقه الإسلامي، فإن الاشتراط لمصلحة الغير الموجود في عقد الامتياز، هو اشتراط صحيح، حتى ولو كان فيه بعض الغرر اليسير فإنه مغتفر، كما هو الحال في عقود الاستصناع وغيرها؛ نظراً للحاجة[٢].

والحق أن الغرر[٣] في عقد الامتياز لا وجود له، إذا كانت مدة عقد

---

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٦٨٧ ـ ٦٨٨؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣٦٣ ـ ٣٦٤.

(٢) انظر: الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ، د. الصديق محمد الأمين الضرير، ص٤٥٨، (بيروت: دار الجيل، ط٢، ١٤١٠هـ).

(٣) عُرف الغرر بأنه: ما خفيت عاقبته وطويت مغبته، أو انطوى أمره، وقيل في تعريفه: ما تردد بين السلامة والعطب، وقيل أيضاً: الغرر هو ما كان له ظاهر يغري المشتري وباطن مجهول.

انظر: شرح الطيبي على المشكاة ٧/٢١٥٣، ت: د. عبد الحميد هنداوي، (مكة المكرمة: مكتبة نزار الباز، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م)؛ والقبس في شرح موطأ مالك بن أنس لابن العربي المعافري ٢/٧٩٢، ت: د. محمد عبد الله ولد كريم، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٢م).

وقد قسم العلماء ـ رحمهم الله ـ الغرر إلى ثلاثة أقسام، هي:

القسم الأول: وهو الغرر الفاحش الذي لا يعسر اجتنابه ولا ضرورة إلى ارتكابه.

وهذا النوع هو المتفق على منعه في المعاملات. وذلك كبيع الإنسان ما ليس عنده، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وبيع حبل الحبلة، وغيرها مما نهي عنه للجهالة والمقامرة، وغالب ما نهي عنه من البيوع يعود إلى الغرر وبعضها يعود إلى الربا.

وقد عدَّ أبو بكر بن العربي رحمه الله البيوع المنهي عنها، وأوصلها إلى سبع وثلاثين في كتاب القبس شرح موطأ مالك بن أنس ٢/٧٩٢.

القسم الثاني: وهو الغرر اليسير الذي لا ينفك عنه غالباً ويعسر اجتنابه مع حاجة الناس إليه، وعدهم ذلك ليس غرراً، وجرى عرفهم وعادتهم به.



الامتياز يسيرة؛ لأن العمل الذي يقوم به صاحب الامتياز محدد في العقد بالتفصيل، فهو معدوم وقت العقد، ولكنه معلوم، فإنه لا تلازم بين الانعدام والغرر، فالعقد على المعدوم جائز ما دام محدداً بأوصافه تحديداً نافياً للجهالة وقت العقد، ويُعفى عن الجهالة اليسيرة[1].

أما لو كانت مدة عقد الامتياز طويلة، كأنْ امتدت إلى عشرين سنة أو خمسين سنة، أو أكثر، فلا شك أن الغرر حينئذٍ يكثر، وكلما زادت مدة العقد كلما زاد احتمال الغرر

(أي: انتفاع أحد الطرفين بشكل غير عادل على حساب الطرف الآخر)؛ لأنه يمكن توقع ما سيحدث بعد سنة ولكن لا يمكن توقع ماذا سيحصل بعد عشر سنوات مثلاً، فالتقنية تتطور، ومطالب الحياة تتغير مما يجعل معه الأسعار التي اتفق عليها قبل عشر سنوات غير عادلة لأحد الطرفين.

لذا كان الواجب تصميم العقد بحيث يجعل هذا الغرر عند حده الأدنى اليسير المقبول، وذلك باتخاذ كافة الوسائل الفنية والاستشارية التي

= وذلك كأساس الدار عند البيع فإنها لا ترى، وكبيع الفستق والبندق والرمان والبطيخ في قشورها، فيعفى عنها، ومثلها في هذا العصر الأجزاء الداخلية للأجهزة والمواد ويكتفى بضمان البائع للعيب في حال اكتشافه وثبوته.

القسم الثالث: وهو ما يقع بين الرتبتين، فلا هو من الغرر الفاحش الممنوع منه، ولا من الغرر اليسير المعفو عنه، فهل يلحق هذا النوع من الغرر بالقسم الأول فيمنع منه ويحرم، أو يلحق بالقسم الثاني فيعفى عنه ولا يجعل مانعاً من الصحة والجواز؟.

وينبغي أن يعلم أن الذي يقرر ذلك أي كون الغرر مما يلحق بالرتبة الأولى أو الثانية هم أهل العلم بأدلة الوقوع، وهم أهل الخبرة والدراية والعرف لا أهل العلم والديانة إن لم يكونوا من أولئك.

انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٢/٧٣؛ والفروق للقرافي ١/١٥٠، الفرق: ٢٤؛ والذخيرة ٥/٩٣، ١٩١؛ ومجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٤٩٣؛ وإعلام الموقعين لابن القيم ٤/٥؛ والتمهيد لابن عبد البر ٢١/١٣٦؛ ومقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور، ص١٧٦، ١٨٥.

(١) انظر: الغرر وأثره في العقود، د. الصديق محمد الأمين الضرير، ص٤٥٩؛ والاشتراط لمصلحة الغير، ص٤٦٥.

يمكن بواسطتها تجاوز هذا النوع من الموانع لصحة العقود.

والاشتراط ـ هنا ـ لمصلحة الغير واضح؛ لأن عقد الامتياز يترتب عليه شروط لمصلحة الجمهور الذي لم يكن طرفاً في العقد، كما أن شخصية الدولة تختلف عن شخصية أفراد الشعب على الرأي الصحيح في الشريعة الإسلامية، فلا يجوز أن يقال: إن الدولة تنوب عن أفراد الشعب؛ لأن الإمام حينما يتصرف بصفته الوظيفية فإن أثر تصرفه ينصرف إلى الدولة ولا ينصرف إليه بصفته الفردية، ولا إلى أفراد الأمة، وكذلك سائر موظفي الدولة الإسلامية(١).

والاشتراط لمصلحة الغير متوافر حتى لو سلمنا جدلاً بأن صاحب الامتياز ينوب عن الدولة في تسيير المرفق العام لصالح الجمهور؛ لأن الشروط الموجودة في عقد الامتياز في هذه الحال ستعتبر من قبيل الوكالة لمصلحة الغير، ويمكن أيضاً تخريج ذلك على أنه اشتراط بالإرادة المنفردة لمصلحة الجمهور، ويتولى صاحب الامتياز القيام بتنفيذ الاشتراط نيابة عن المشترط، وهو هنا الدولة.

وإنه لمن الواضح أن أصول القانون الوضعي وصياغته لا تسعفه هنا، بعكس الحال في الفقه الإسلامي الذي عرف نظام العقد بالإرادة المنفردة.

ولكن الحقيقة أن صاحب الامتياز لا يعتبر نائباً بالمعنى القانوني عن الدولة؛ لأنه يقوم بتسيير المرفق لتحقيق ربح شخصي له، والاشتراط لمصلحة الغير على هذا التخريج الصحيح واضح؛ لأن شخصية الدولة (المشترطة) تختلف عن شخصية صاحب الامتياز، وعن شخصية الجمهور(٢).

وبناء على ذلك فإن حق الانتفاع حق صحيح من وجهة نظر الفقه الإسلامي.

والله أعلم.

---

(١) انظر: المدخل للفقه الإسلامي، د. محمد سلام مدكور، ص٤٤٢، وما بعدها؛ والاشتراط لمصلحة الغير، ص١٨٥، ١٨٦.

(٢) انظر: الاشتراط لمصلحة الغير، ص٤٦٥.

الفرع الثاني: حق المطالبة بالتدخل

تقدم فيما سبق أن من حق الإدارة أن تشرف على إعداد المرفق العام الذي يدار عن طريق عقد الامتياز، وتشرف على إدارته، وأن لها هيمنة تامة فيما يتعلق بهذا الموضوع. ولكن إلى أي مدى يمكن أن تستعمل الإدارة هذا الحق؟ وهل من حقها أن تتنازل عنه وتترك استعماله؟

يجاب عن ذلك: بأن حق الإدارة هذا ليس حقاً مطلقاً للإدارة إن شاءت استعملته وإن شاءت أهملته، وإنما هي حقوق مقررة أصالة لمصلحة المنتفعين من المرفق العام، والذين قد لا تربطهم بصاحب الامتياز روابط مباشرة يستطيعون من خلالها استخلاص حقوقهم من صاحب الامتياز، ومن هنا تنشأ الحاجة لتدخل الإدارة لإجبار صاحب الامتياز على احترام شروط الامتياز، وعلى ذلك يطبق بين المنتفعين قاعدة المساواة في المعاملة، حتى لا يمتنع ـ بغير حق ـ عن تقديم خدماته لمن استحق الحصول على تلك الخدمات(١).

أما إذا أهملت الإدارة هذا الواجب، أو سمحت لصاحب الامتياز أن يتساهل في تنفيذ شروط عقد الامتياز، فإن من حق المنتفعين حين ذلك أن يتقدموا بطلب إلى الإدارة حتى تتدخل وتجبر صاحب الامتياز على تحقيق مطالبهم المشروعة، فإذا تقدم المنتفعون بهذا الطلب إلى الإدارة وأجابت بالرفض أو مضت المدة النظامية ولم تجب ـ إذ يعتبر سكوتها في هذه الحال رفضاً للطلب ـ فإن ذلك يُعَدُّ منها إقراراً إدارياً مخالفاً للنظام، وجاز حينئذٍ للمنتفعين من المرفق مراجعة القضاء الإداري لإلغاء هذا القرار وإجبار الإدارة على أن تتدخل(٢).

كما يعد كل تمييز يُؤْثِرُ به صاحب الامتياز أحد العملاء، كأن يؤدي له

---

(١) انظر: القانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص٢٠٢؛ وآثار الامتياز، لإبراهيم الطريف، ص٢٠؛ وعقد الامتياز، للزومان، ص١٢٩.

(٢) انظر: القانون الإداري، د. سعاد الشرقاوي، ص٢٠٣؛ وآثار الامتياز، لإبراهيم الطريف، ص٢١.

خدمة لا يؤديها لغيره، فهذا يعتبر تمييزاً غير مشروع يُخِلُّ بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة، إذ هو يمنح شخصاً في استعمال مرفق عام ميزة لا تتاح لغيره من المنافسين له في تجارته أو صناعته[(١)].

وقد يكون صاحب الامتياز ملتزماً بتقديم حدٍّ أدنى من الخدمات للجميع أو لمن يطلبها، ولكن يستطيع أن يقدم خدمات إضافية بأسعار أعلى لفئات المنتفعين التي ترغب في الاستفادة من هذه الخدمة.

• حق المطالبة بالتدخل في الفقه الإسلامي:

هذا ويشترط لـ(حق المطالبة بالتدخل) في الفقه الإسلامي ـ كما هو الحال في القانون ـ أن ترفع الدعوى من قبل مَنْ له حق في الدعوى، وهو ما يُعرف في نظام المرافعات بـ(شرط الصفة).

ويقصد بذلك أن يكون المدعي أصيلاً في الدعوى، وهذا هو الأصل في الادعاء والتقاضي، إذ لا يقبل من الإنسان تدخله فيما لا يعنيه من الحقوق والقضايا الخاصة بغيره، وأن أصحابها هم المختصون بتحصيلها.

أو أن يدعي الحق لغيره إذا كان نائباً عنه، بأن كان وليه أو وصيه أو وكيله؛ لأن كل هؤلاء يقومون بمخاصماتهم، وتعود جميع آثارها إلى الأصيل بإقرار الشارع.

وأن تكون هذه الدعوى في حق مشروع كافٍ لتخويل المدعي حق الادعاء، ولتكليف المدعى عليه بالجواب والمخاصمة[(٢)].

وإذا ما أردنا تطبيق شرط الصفة على المنتفع بالمرفق العام، فإنه يمكن القول:

---

(١) انظر: عقد المقاولة، لعزت عبد القادر، ص٢٣٧، (المنيا: دار الألفي، ٢٠١١م).

(٢) انظر: تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لإبراهيم بن علي بن فرحون ١/١٢٦ ـ ١٢٩، مطبوع بهامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش، (دار الفكر، ط بدون)؛ ونظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، د. محمد نعيم ياسين، ص٢٧٩، ٢٨٠، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ).



إن الانتفاع بالمرفق العام هو حق مشروع للمنتفعين، ومباح في الشريعة الإسلامية، بناء على صحة نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ـ كما سبق بيان ذلك ـ وإنه من مقتضى هذه الإباحة أن يُسمحَ للغير بمطالبة صاحب الامتياز بحقه المتولد له من العقد مباشرة، رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، وإلا لما كانت هناك فائدة من تقرير هذا الحق للغير[١].

وقد بَيَّنَ فقهاء الإسلام أنه يحق لبعض أهالي القرية أن يرفعوا الدعوى نيابة عن جميع سكان القرية في وجه من يريد الاعتداء على منافعهم المشتركة كالنهر والمرعى، وذلك إذا كانوا محصورين[٢].

كما ذكر بعض الفقهاء أنه لو أحدث رجل ضرراً في الطريق العام، فكل واحد من الناس خصمٌ له، وله صفة الادعاء عليه، ومطالبته بإزالة الضرر[٣].

ولا شك أن النهر والمرعى والطريق العام، كلها مرافق عامة، ومع ذلك جعل الفقهاء للمنتفعين بهذه المرافق صفة في رفع الدعوى بشأنها، مما يدل على أن للمنتفعين بالمرفق العام ـ سواء كانت تديره الدولة، أم يديره غيرها ـ حق التدخل والمطالبة ورفع الدعوى.

وبذلك يتضح أن حق المنتفعين في المطالبة بالتدخل المقرر في النظام، هو حق معتبر شرعاً.

والله أعلم.

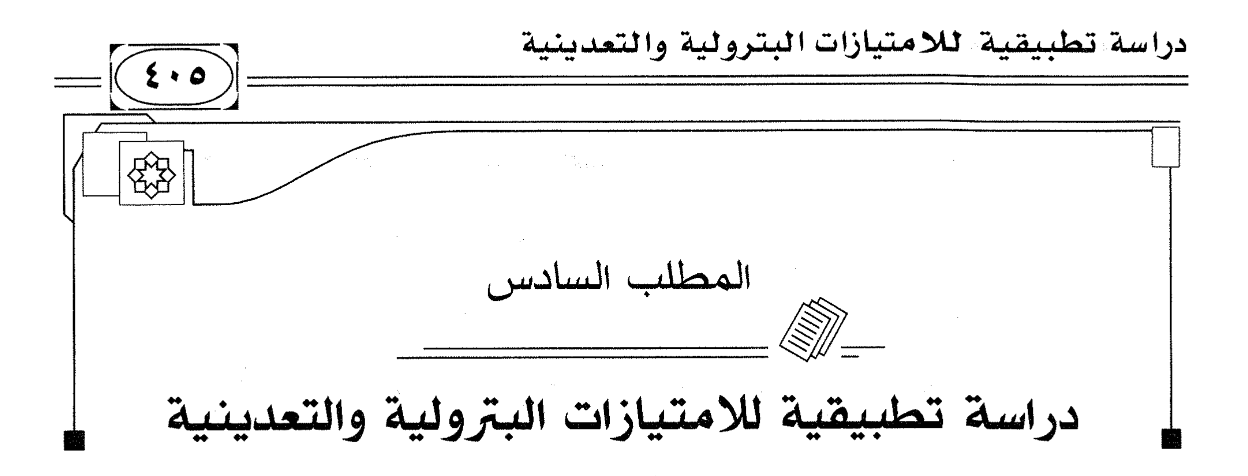
---

(١) انظر: الاشتراط لمصلحة الغير، ص٣٥٦، ٣٥٧.

(٢) انظر: فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، لمحمود محمد خطاب السبكي، ص١١، (ط ١٣٣٠هـ).

(٣) انظر: نظرية الدعوى، د. محمد ياسين، ص٢٨٢.





المطلب السادس

دراسة تطبيقية للامتيازات البترولية والتعدينية

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: الامتيازات البترولية (النفطية).

المسألة الثانية: امتيازات التعدين.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

الامتيازات البترولية (النفطية)

لعل الطاقة ـ التي سمي بها هذا العصر ـ تتبوأ الصدارة في اهتمامات الدول التي تمتلك بعض مصادرها، والدول التي تحتاج إلى كميات هائلة منها لإنجاز مشروعاتها الصناعية، وغيرها.

ويأتي على رأس موارد الطاقة هذه (النفط)؛ الذي تزايدت أهميته مع تطور الحركة الاقتصادية وتشعب مجالاتها، ويكفي للتنويه بهذه الأهمية، التأمل في الأزمات الخانقة التي تمر بها بلدان العالم عند فقدان النفط، أو نقصانه، بحيث يؤثر في مسيرة حياة الناس عامة، ومع إدراك قيمة هذا المعدن، بدأت تظهر على صعيد اتفاقيات الامتياز المبرمة بشأنه، تطورات خطيرة، تعددت معها وجهات النظر في القانون الذي تخضع له هذه الاتفاقيات[(١)].

لذا سأبحث في هذه المسألة صور امتياز الاتفاقيات النفطية ضمن أربعة فروع على النحو الآتي:

(١) انظر: عقد الامتياز، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، ص١٠٧، ١٠٨.

الفرع الأول: عقود الامتياز التقليدية.

الفرع الثاني: اتفاقيات المقاولة.

الفرع الثالث: اتفاقيات المشاركة.

الفرع الرابع: الموازنة بين صور الاتفاقيات النفطية الثلاث.

الفرع الأول: عقود الامتياز التقليدية

عقد الامتياز التقليدي أو ما يُعَبَّرُ عنه باتفاقية الامتياز، هو:

منح حق البحث عن البترول واستغلاله، لشركة أجنبية ـ غالباً ـ يكون لها حق مطلق في التصرف في عمليات تنمية المورد البترولي، ويقتصر دور الدولة مانحة الامتياز على الإشراف العام في إطار القوانين العامة للدولة، على أن الشركة تدفع للدولة جزءاً من العائد، وهذا النوع من العقود كان هو المعمول به ـ حتى مطلع السبعينات[(١)] ـ وحصلت عليه الشركات العالمية الكبرى بحكم سيطرة دولها قبل الحرب العالمية الثانية، وتضمنت في مجملها وتفصيلاتها الكثير من الإجحاف بحقوق ومصالح الدول المتعاقدة بوجهٍ عام[(٢)]، واحتفظت لنفسها في تلك العقود بمزايا اقتصادية كبيرة من أهمها[(٣)]:

١ ـ اتساع رقعة المساحة الممنوحة للشركات المنتجة بحيث كانت تغطي مساحة البلد بالكامل في أغلب الأحوال.

٢ ـ طول مدة الامتياز بحيث بلغت في بعض الحالات (٩٠) سنة.

---

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٣٢.

(٢) انظر: العقد التجاري الدولي، ص٣٣.

(٣) انظر: الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية، د. عبد الله عبد الرحمٰن الرشيد ٢/ ١٤١، (الرياض: شركة الطباعة العربية السعودية، ط١، ١٤٠٤هـ)؛ والعقد التجاري الدولي، ص٣٢، ٣٣؛ وأحكام استثمار الأراضي في الفقه والنظام لعلي بن محمد بن سعيد الحاج، ص٤٠٥، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٦٨؛ والدولة ووظيفتها الاقتصادية، د. عبد اللطيف الهميِّم، ص٣٨٣.

٣ ـ وضع السيطرة المطلقة على الصناعة في أيدي الشركات.

٤ ـ لا تلتزم الشركة بتكرير الزيت محلياً، ولا باستثمار جانب معين من أرباحها في البلد المضيف.

٥ ـ عدم خضوع الشركة للقضاء المحلي في أغلب الأمور الحيوية المتعلقة بنشاطها واشتراطها الالتجاء إلى التحكيم الدولي في تلك الأمور.

٦ ـ انفراد الشركة بإعلان الأسعار التي يباع بها الزيت أو يحول بها لشركات تابعة لها.

٧ ـ حصة الدولة من الريع: وعادة ما ينص في الاتفاقيات على حصة الدولة من الريع، إذا كان هو البلد الوحيد الذي تم الاتفاق عليه. ويعطى إتاوةً، أو بدلاً سنوياً مقطوعاً عن كل ما يمكن استخراجه من النفط دون تحديد، أو بدل عن كل طن مستخرج من النفط الخام... وكان هذا البدل في الغالب بدلاً زهيداً بالنسبة إلى قيمة النفط في السوق العالمية.

٨ ـ جمود معدل الضريبة، وجعله عنصراً تعاقدياً، بحيث لا يملك المشرع تعديله دون موافقة الشركة.

٩ ـ انعدام الرقابة والإدارة على نشاط الشركات وتوظيف المواطنين وتدريبهم.

«من هذه اللمحة الموجزة لأهم ما احتوته عقود الامتياز في الدول العربية المنتجة للنفط، نلاحظ أنها تحوي الكثير من الشروط المجحفة بحقوق الدول المعنية، وكان لا بد من تغيير الأوضاع والعمل على تحسينها، وهو ما ظهر في المرحلة الثانية سيما بالنسبة للعقود المستجدة، والتي عملت الدول العربية من خلالها على تلافي ما جاء في العقود القديمة من نصوص ليست في مصلحتها»[(١)]، خاصة بعد إنشاء منظمة (الأوبك) في الستينات، غير أن حركة التصحيح لم تتحقق على نحو فاعل إلا خلال السبعينات، وخاصة بعد أن

---

(١) العقد التجاري الدولي، ص٣٣؛ وأحكام استثمار الأراضي، ص٤٠٥.



قامت الحكومات بالسيطرة على تحديد الأسعار والإنتاج[١].

• **تخريج اتفاقية الامتياز أو عقد الامتياز التقليدي:**

أرجع بعض الأساتذة الأفاضل[٢] عقد الامتياز التقليدي إلى عقد الوكالة في الفقه الإسلامي، تأسيساً على ظاهرتين اثنتين، هما:

الأولى: إن إعطاء حق البحث عن البترول للشركة، يفيد إذناً من السلطة الشرعية في هذا العمل؛ لأن البحث والتنقيب في ملك الغير لا يكون إلا بإذنه وموافقته.

الثانية: إن منح الشركة فرصة للعمل على تنمية المورد البترولي وتصنيعه معناه: الإذن في تصرف خاص تقوم به الشركة المتفق معها.

«والظاهرتان اللتان تميزان هذه الاتفاقية تجتمعان في توافق تام مع عقد الوكالة، إذ إن الوكالة إذن في تصرف خاص أو تصرفات عامة، وهنا يعتبر إذن في تصرف خاص»[٣].

ثم بَيَّنَ صاحب هذا الرأي أن هذه الاتفاقية لا توصف بأنها عقد بيع ولا سَلَم ولا إجارة ولا جعالة ولا قراض، شافعاً ذلك بشيء من التعليلات والمدارك الفقهية، ثم قال: «فيلزم أن تكون ـ اتفاقية الامتياز ـ وكالة، إذ مثل هذه العقود هي التي يمكن أن يعمل بها في مجال تكييف هذه الاتفاقية، وتحديد نوعية انتمائها الشرعي للعقود الشرعية...

ولو نظرنا إلى حصول الشركة على جزءٍ من العائد، لاتضح أنها وكالة بمقابل. وإذا أضفنا إلى الظاهرة المميزة في هذا التعاقد ما تقضي به الاتفاقية،

---

(١) انظر: الأموال المباحة، د. الرشيد ٢/ ١٤٢.

(٢) هو: د. يوسف بن عبد الهادي الشال، في كتابه: «المعدن والركاز في الشريعة الإسلامية»، ص٢٣٦؛ وهو أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، مطبوعة على الاستنسل. وتبعه في هذا الرأي، د. عبد الله بن عبد الرحمٰن الرشيد، في كتابه: «الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية» ٢/ ١٤٢ ـ ١٤٥.

(٣) الأموال المباحة، د. الرشيد ٢/ ١٤٢.



من تحميل البترول المستخرج جميع الإنفاقات لتأكدت لنا ظاهرة الإنابة؛ إذ جميع مصروفات الطرف المنفذ ـ الشركة ـ لجميع العمليات: من نفقات التشغيل، والإدارة، ومقابل استهلاك الموجودات المادية والمصروفات، تستنزل من الدخل الإجمالي لإظهار الصافي الذي تجري عليه قاعدة توزيع الأرباح[١].

وإشراف السلطة الشرعية، يدخل معه مراجعة مستندات هذه الاتفاقات للتأكد من سلامتها بواسطة متخصصين في هذه العملية، وهذا له دلالته فيما نحن بصدده، إذ يؤازر معنى النيابة في هذه الاتفاقية»[٢].

وقد ناقش بعض الباحثين[٣] هذا التخريج لاتفاقية الامتياز، واستبعد كون هذه الاتفاقية النفطية ـ الامتياز التقليدي ـ عقد وكالة، وذلك لما يأتي:

١ ـ تباين خصائص هذا العقد، وعقد الوكالة في الجملة.

٢ ـ إن ظاهرة النيابة التي تضمنتها الاتفاقية، وكانت إحدى العلل التي اعتمد عليها في إلحاق هذه الاتفاقية بعقد الوكالة، موجودة كذلك في العقود العامة؛ لأن الأصل أن تقوم الدولة على خدمة المرافق العامة، وإيصال ثمارها، وفوائدها للأمة، فإن تخلت عن ذلك لأي سبب كان، أنابت غيرها في صورة شرعية معينة.

٣ ـ والظاهرة الأخرى، التي تمسك بها الباحث في إرجاع هذه الاتفاقية إلى عقد الوكالة؛ هي: منح الشركة فرصة العمل على تنمية المورد البترولي، وتصنيعه. ومتى كان استنزاف النفط تنمية له؟.

إن موضوع الامتياز، هو استغلال، يترتب عليه استهلاك المادة محل الامتياز؛ لأن ما ينتج من نفط بسبب الاستغلال، هو جزء من رأس المال، وليس من قبيل الثمار أو الإيراد...

(١) انظر: البترول واقتصاديات موارده، د. محمود أمين، ص١٧٧.
(٢) الأموال المباحة، د. الرشيد ٢/ ١٤٤، ١٤٥.
(٣) هو: د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، في عقد الامتياز ـ دراسة تأصيلية للعقود النفطية (دراسة مقارنة) ـ، ص١١٢ ـ ١١٧، وهو بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥.



وبمعنى آخر لهذه الترجمة، أن النفط ـ بالنسبة للدول المنتجة ـ لا يؤلف ثماراً تقطف لتعود، فتثمر بصورة موسمية، إذ أن الامتياز يقع على الزيت نفسه، وليس على ثمرته، إنه ليس استثماراً للزيت، بل هو الزيت بذاته، موضوع الاستثمار الممنوح بامتياز[١].

فأين هذه الحقيقة من الأصل المقرر في الوكالة من «أن الوكيل ممنوع من استغلال الموكل فيه لمصلحة نفسه»[٢].

٤ ـ الأصل في الوكالة عدم اللزوم، فهي كما يسميها الفقهاء: «عقد جائز»، وذلك لأنها أحد عقود التبرعات من جهة الوكيل، ولا يتصور في التبرع اللزوم، ومن جهة الموكل إباحة تصرف، فلا يكون لازماً؛ لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه، أو يرى المصلحة في توكيل شخص آخر غير الذي وكله.

لذا فإن الموكل يستطيع إنهاء الوكالة متى رغب في ذلك، وكذلك للوكيل اعتزال الوكالة متى شاء، ومعظم الاتفاقيات النفطية لا تنص بنودها إلا على حق الشركة في إنهاء الاتفاقية في أي وقت شاءت.

فإن قيل: بأن هذه وكالة بأجر، فتكون لازمة؟

أجيب: بأن هذه المسألة قد وقع فيها الخلاف بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: الوكالة عقد جائز، وإن كانت بأجر، وهو قول الحنفية[٣] والحنابلة[٤].

القول الثاني: الوكالة عقد لازم، إذا كانت بلفظ الإجارة، واجتمعت فيها شرائط الإجارة، وهو قول المالكية[٥] والشافعية[٦].

---

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص١٦٧.
(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٥٦٧؛ ومواهب الجليل ٥/ ٢١٠؛ والتكملة الثانية للمجموع ١٤/ ١٠٩، ١١٠؛ والمغني ٧/ ٢٤٣؛ وكشاف القناع ٣/ ٤٨٤.
(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/ ٤١٦.
(٤) انظر: المغني ٧/ ٢٠٤، ٢٠٥.
(٥) انظر: القوانين الفقهية، ص٢١٦.
(٦) انظر: روضة الطالبين ٤/ ٣٣٢.



والذي يظهر أن تسمية صورة هذا العقد وكالة، ضرب من التجوز، والأحرى أن يكون إجارة، وهذه الأخيرة لازمة[١].

ويؤيد هذا أن القراءة المتأنية لنصوص الاتفاقيات النفطية المبرمة في الفترة الأولى بين الشركات الأجنبية، والدول المنتجة للنفط، وخاصة العربية منها، تقوم على ركائز تجعل العقد عقد إجارة لا عقد وكالة، لا سيما إذا حصل مزيد تأمل في آثار عقد الامتياز المتقدمة، سواء ما كان متعلقاً **بالإدارة** مانحة الامتياز من حق الرقابة أو حق التعديل أو حق الاسترداد، أم **بصاحب الامتياز** من المقابل المالي أو التعويضات المحتملة أو المزايا المساعدة، أم **بالمنتفعين**، فإنه يتبين أن هذه الحقوق والالتزامات ميزت هذه الاتفاقيات ـ الامتياز النفطي ـ بخصوصيات هي أبعد ما يكون من عقود التبرعات، بل بعضها مناقض لمعنى التبرع.

• حكم هذا النوع من العقود:

في ضوء ما تقدم من خصائص هذه العقود، وفي ضوء الظروف السياسية الضاغطة التي كانت تعيشها الدول المنتجة للبترول، يتبين حكم هذا النوع من عقود البترول التقليدية، أو الاتفاقيات الامتيازية بأنها إن لم تكن باطلة، فهي قابلة للإبطال للاعتبارات الآتية:

١ ـ وجود الغبن الفاحش، بالإضافة إلى وجود التغرير في هذه العقود... الأمر الذي يعطي الحق للطرف المغبون بطلب انفساخ العقد، أو بطلانه[٢]؛ لأن العوض الذي تقدمه الشركات لا يتناسب إطلاقاً مع القيمة الحقيقية للبترول الذي أبرمت بشأنه تلك العقود.

٢ ـ وجود نوع من الجهالة في محل العقد... إذ لا يعرف مقدماً حجم

(١) انظر: عقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١١٥، ١١٦.

(٢) جاء في م: ٣٥٧، من مجلة الأحكام العدلية: «إذا غرَّ أحد المتبايعين الآخر، وتحقق أن في البيع غبناً فاحشاً، فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذٍ»؛ انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/ ٣١٤.



الإنتاج الذي جرى بشأنه التعاقد، ومن المسلم به فقهاً أن الجهالة في العقد مخلةٌ به.

وعلى أي حال، فإنه استناداً إلى الاعتبارات السابقة... وهي: قيام الإكراه، والغبن، والغرر، مع قيام الجهالة بحجم الإنتاج، أو عدم تحقق وجوده عند التعاقد: أرى بطلان تلك العقود ـ إذا ما تحققت الاعتبارات السابقة ـ الأمر الذي يجعل من حق الدولة المالكة للبترول، إلغاء هذه العقود، أو تعديلها بالشكل الذي ينسجم مع مصالحها، ولا يتعارض مع المصالح الواقعية للشركات[١].

الفرع الثاني: اتفاقيات المقاولة[٢]

«إن عقد المقاولة بحسب تعريفه القانوني، هو: اتفاق يتولى بموجبه أحد الأشخاص تنفيذ عمل معين خلال فترة محددة ولقاء أجر محدد، وبانتهاء تنفيذ العمل، وحصول المقاول على أجره من صاحب العمل، تنتهي صلة المقاول بالمشروع»[٣].

---

(١) انظر: أحكام استثمار الأراضي، ص٤٠٦.

(٢) ظهر في أوسط السبعينات، اتجاهان جديدان في اتفاقيات النفط، وهما اتجاه المقاولة، والمشاركة، وكان لظهورهما أثر عميق في الصناعة النفطية، كأداة قانونية مستحدثة في التعامل بين الحكومات المنتجة، والشركات المستثمرة، وكبديل لنظام الامتيازات التقليدية.

انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٣٥؛ وعقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١١٨.

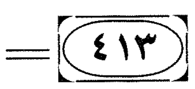
وقد كان مبدأ المقاولة الذي ظهر في أواخر الأربعينات في اتفاقيات النفط مختلف عن ذلك، فصاحب العمل ـ في هذا النوع من المقاولة ـ وهو الدولة أو المؤسسة الوطنية المشرفة على النفط تستعين بمقاول أجنبي يتولى مسؤولية الكشف عن النفط، وإعداده للإنتاج، ثم إنتاجه بالفعل، مع تحمله كافة المصاريف، ومسؤولية المخاطر التي تكتنف هذه العمليات من بداية المشروع إلى أن يصبح مورداً للدخل.

انظر: العقد التجاري الدولي، ص٤٢؛ والأموال المباحة ٢/١٤٧.

(٣) العقد التجاري الدولي، ص٤٢.

وعرفت المادة (٦٤٦) ـ من التقنين المدني المصري الجديد ـ عقد المقاولة على الوجه الآتي: =





• عناصر اتفاقية المقاولة[١]:

١ ـ يقوم فيها صاحب الامتياز بالبحث عن البترول في المنطقة الممنوحة له خلال مدة معينة، مع تعهده بإنفاق مبالغ معينة كحدٍّ أدنى.

٢ ـ تمويل، وتنفيذ عمليات الإنتاج، والتصنيع بعد اكتشاف النفط بكميات تجارية، مع تحمله وحده للمخاطر خلال مدة البحث.

٣ ـ التزام الدولة برد جميع النفقات، التي تكبدها المقاول في سبيل اكتشاف النفط، وتصنيعه، ويغلب أن يتم استرداد تلك النفقات عيناً، أو نقداً من حصيلة الزيت المنتج وعلى أقساط.

٤ ـ أما المكافأة التي يحصل عليها المقاول، مقابل ما تعرض له من مخاطر، وما قدمه من استثمارات، تتمثل في منحه الحق في الحصول على حصة مجانية من البترول المنتج، أو الحق في شراء نسبة معينة منه، بسعر مخفَّض، يتفق مقدماً على أسس حسابه، وذلك طوال مدة التعاقد.

• تخريج صورة اتفاقية المقاولة:

ذهب بعض الباحثين[٢] إلى أن اتفاقية المقاولة هنا، مخرَّجَةٌ على ظاهرة عقد الإنابة، كما هي مخرجة أيضاً في اتفاقية الامتياز المتقدمة، ويستند في ذلك إلى أمرين[٣]:

الأمر الأول:

إن إسناد المؤسسة الوطنية هذه العمليات إلى شركة أجنبية مقابل نسبة من البترول أو من الأرباح. وهذا العمل بدوره إنابة من المؤسسة الوطنية للشركة

= «المقاولة: عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر». الوسيط، د. عبد الرزاق السنهوري ٧/ ٥.

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، ص٤٣؛ والأموال المباحة ٢/ ١٤٨، ١٤٩؛ وعقد الامتياز، د. أوهاب، ص١١٨، ١١٩.

(٢) هو: د. يوسف الشال، في كتابه المعدن والركاز في الشريعة الإسلامية، ص٢٣٩، ٢٤٠؛ وتبعه د. عبد الله الرشيد، في كتابه الأموال المباحة ٢/ ١٤٨، ١٤٩.

(٣) المصدر نفسه.





الأجنبية في تنفيذ هذه العمليات بمقابل، وللوكيل أن يوكل.

المناقشة:

نوقشت ظاهرة الإنابة هنا بما تقدم التعليق عليه في عقد الامتياز التقليدي[(١)].

الأمر الثاني:

استرداد الشركة الأجنبية أعباء التمويل التي تنفق على عمليات التنفيذ.

وهذا يظهر معه بوضوح أن مركز الشركة هو مركز الوكيل، وليس مركز الأجير.

لذا قرر صاحب هذا القول أن عقد المقاولة هذا، هو عقد وكالة تحكمه ضوابطها وشروطها.

المناقشة:

نوقش هذا الأمر: بأن اتفاقية المقاولة هذه يمكن أن تُجْعَلَ شركة قراض، إذا قدمها ولي الأمر أو الجهة النائبة عنه للجهة المستثمرة، ليكون لها جزء من النفط المستخرج، أو يكون هذا المعدن حصة مقدرة بقيمة في الشركة.

أما إذا كان المقابل الذي يحصل عليه المقاول نقداً، فالعقد إجارة صحيحة على ما نص عليه بعض المالكية[(٢)].

بينما ذهب جمهور الفقهاء[(٣)] إلى أنه لا يجوز للدولة أن تدفع معدن البترول لمن يعمل فيه مقابل جزء مما يخرج منه كربع، أو نصف، ونحو ذلك؛ لجهالة الأجرة، وما يمكن أن تفضي إليه هذه المعاملة من الغرر.

---

(١) انظر: ص٤٠٨ ـ ٤١١.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ والتاج والإكليل مع مواهب الجليل٢/ ٣٣٨.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣/ ٢٢٧؛ والمقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ والتاج والإكليل مع مواهب الجليل ٢/ ٣٣٨؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٩؛ وروضة الطالبين ٥/ ١٧٤؛ والمغني ٨/ ١٥٩.

ويمكن إيضاح ذلك بالتفصيل الآتي:

فيقال: إنه من خلال صورة المقابل، الذي يحصل عليه صاحب الامتياز، يمكن تحديد نوع العقد، على افتراض أن العمل جارٍ في إطار العقود الخاصة في الفقه الإسلامي.

فالمقاول إذا استرد ما أنفقه على المشروع، وما تعرض له من مخاطر، في شكل نصيب معين من الإنتاج، نكون حينئذٍ أمام المسألة التي قاسها الإمام مالك رحمه الله على المساقاة والقراض(١)، واختارها من المالكية الفضل بن سلمة(٢) معللاً ذلك بـ«أن المعادن لما لم يجز بيعها، جازت المعاملة فيها على الجزء منها قياساً على المساقاة والقراض»(٣)، وهو وجهٌ عند الحنابلة ذكره ابن قدامة في المغني(٤) معللاً له بـ«أنها عين ـ المعدن ـ تُنَمَّى بالعمل عليها، فصح العمل فيها ببعضه، كالمضاربة في الأثمان».

فصارت المقاولة بهذا التخريج شركة قراض.

وأما إذا كان المقابل الذي يحصل عليه المقاول نقداً، فالعقد إجارة صحيحة على ما نص عليه المالكية، فالمعدن غير النقد، يجوز دفعه عندهم بأجرة، ولو نقداً، فـ«لو استأجره على أن ما يخرج لربه، والأجرة يدفعها ربه للعامل، فيجوز، ولو بأجرة نقد»(٥).

---

(١) انظر ما تقدم بحثه حول هذه المسألة في ص٢٦٦، ٢٦٨.

(٢) هو: الفضل بن سلمة بن حريز الجهني، مولاهم، سمع أصحاب سحنون، وسلك طريقهم، كان حافظاً فقيهاً، وكان من أعلم الناس بمذهب مالك، له: مختصر في المدونة، ومختصر في الواضحة، زاد فيه من فقهه، توفي سنة (٣١٩هـ).
انظر ترجمته في: ترتيب المدارك ٥/ ٢٢١ ـ ٢٢٣؛ والديباج المذهب ٢/ ١٣٧؛ وتاريخ علماء الأندلس، لابن الفرضي أبي الوليد عبد الله الأزدي ١/ ٣٥٢، ٣٥٣، (ط مجريط، ١٨٩٢م).

(٣) المقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ والتاج والإكليل ٢/ ٣٣٨؛ ومواهب الجليل ٢/ ٣٣٨، ٣٣٩؛ والخرشي على خليل ٢/ ٢٠٩.

(٤) ٨/ ١٥٩؛ وانظر: الشرح الكبير على المقنع مع الإنصاف ١٦/ ١٠٢ ـ ١٠٣.

(٥) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ١/ ٢٣١؛ وانظر: المقدمات الممهدات ١/ ٣٠٠؛ =



وقد اعترض على صحة تخريج القول بالإجارة:

بأن «التعاقد مع الأجير يكون وارداً على منفعة يتحمل هو وسائل تقديمها للمستأجر، كمن استأجر إنساناً لحفر بئر، فإن على الأجير الآلات التي يستعملها في تنفيذ العملية، وكذلك إذا استأجر طبيباً لعملية جراحية، فإن عليه ما يلزم عادة لتنفيذ ما استؤجر عليه، وكذلك ما إذا دفع إنسان ثوباً إلى خياط، فإن على الخياط الآلات التي يستعملها في عملية التنفيذ حتى الخيط، وليس على المستأجر شيء من هذه الأعباء التي هي في مقابل الأجر»[١].

الجواب عن ذلك:

أجيب، بأنه لا يستقيم هذا الأمر على عمومه؛ لأن المنصوص عليه عند الفقهاء أن مرجع ذلك إلى العرف والعادة.

قال ابن قدامة رَحِمَهُ اللهُ: «فإن الكحل إن كان من العليل جاز؛ لأن آلات العمل تكون من المستأجر، كاللَّبِن في البناء والطين والآجُرِّ ونحوها، وإن شارطه على الكحل جاز... فالعادة جارية به، ويشق على العليل تحصيله، وقد يعجز عنه بالكلية فجاز ذلك، كالصبغ من الصباغ، واللَّبَن في الرضاع، والحبر والأقلام من الوراق»[٢].

والأصح عند الشافعية[٣] أنه لا يجب حِبْرٌ وخيط وكُحْلٌ، على وراق وخياط وكحَّال... وصحح بعضهم: أن مرجع ذلك إلى العادة؛ لعدم ما يضبطه لغة وشرعاً.

= ومواهب الجليل ٢/٣٣٨؛ والخرشي على خليل ٢/٢٠٩؛ وعقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١١٩ ـ ١٢١؛ وقانون الثروة الناضبة ـ بترول الشرق الأوسط، د. محمد آل ملحم، ص٤٥٦، (الرياض: مطابع الفرزدق، ط١، ١٤٢٤هـ)؛ وقرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص٢٢١، قرار (١٣/٢).

(١) المعدن والركاز في الشريعة الإسلامية، د. الشال، ص٢٤٠؛ والأموال المباحة، د. الرشيد ٢/١٤٨، ١٤٩.

(٢) المغني ٨/١٢١.

(٣) انظر: روضة الطالبين ٥/٢٠٩؛ ونهاية المحتاج ٥/٢٩٦.







والمرجع في ذلك عند المالكية[١] كذلك إلى العرف، إلا أن يتشارطا في العقد، فالشرط حينئذٍ محكم.

الفرع الثالث: اتفاقيات المشاركة

هي اتفاق يبرم بين الدولة مانحة الامتياز طرف، وإحدى مؤسساتها الوطنية ومستثمر أجنبي طرف آخر، ويحصل بمقتضاه الطرف الأخير على حق امتياز البحث، واستغلال الثروات البترولية في مساحة محددة من إقليم الدولة، ولمدة زمنية معلومة[٢].

وعرَّفه بعضهم: بأنه «منح الدولة حق البحث عن البترول، وعن استغلاله لكل من المؤسسة الوطنية والشركة الأجنبية مناصفة بينهما على المشاع، على أن تتحمل الشركة الأجنبية مسؤولية أعباء تمويل عمليات الكشف، وتحمل مخاطرها نيابة عن الشريك الوطني، فإذا ما اكتشف البترول كوَّن الشريكان شركة واحدة تقوم بتنفيذ العمل نيابة عنهما، يشترك العنصر الوطني والعنصر الأجنبي في إدارتها على أساس متكافئ، فلا يتخذ القرار إلا بموافقتهما»[٣].

• عناصر اتفاقية المشاركة[٤]:

١ ـ منح الدولة حق البحث عن البترول، وحق الاستغلال لكل من المؤسسة الوطنية والشركة الأجنبية معاً، وهذا العقد من الدولة متضمن للمؤسسة والشركة في تنفيذ هذه العمليات.

٢ ـ قيام الشركتين بعمليات البحث حتى الاكتشاف.

٣ ـ تكوين شركة جديدة من نفس الشركتين لاستخراج البترول وتسويقه، وهذا الفعل لا يعدو أن يكون أسلوباً تنظيمياً داخل المؤسسة والشركة الموكول إليهما تنفيذ العملية ككل، فلا تنشئ الشركة الجديدة وضعاً آخر بالنسبة للمركز

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٤/٣٩.
(٢) العقد التجاري الدولي، ص٣٧؛ وعقد الامتياز، د. نذير أوهاب، ص١٠٩.
(٣) الأموال المباحة، د. الرشيد ٢/ ١٥٠.
(٤) المصدر نفسه ٢/١٥١، ١٥٢.





الأول الذي قامت عليه الشركتان معاً لتنفيذ هذه العمليات، والتكييف للشركة الجديدة هو أنها امتداد طبيعي للشركتين معاً، لتسيير إدارة العمل وضبطه على نحو يكفل تحقيق غرض العمليات في نظام متكامل، وحتى تكون للدولة رقابة عملية على الخطوات التنفيذية.

٤ ـ استرداد ما تنفقه الشركة الأجنبية على عمليات الكشف والإنتاج.

• صور اتفاقيات المشاركة(١):

يتخذ عقد المشاركة عادة، إحدى صور ثلاث:

الصورة الأولى: أن يمنح امتياز البترول في منطقته المحدودة لكل من المؤسسة الوطنية والشركة الأجنبية (صاحبة الامتياز) معاً، بحق الربع مثلاً لكل منها.

الصورة الثانية: أن يمنح الامتياز أصلاً إلى المؤسسة الوطنية للنفط، وتقوم هي بإشراك الشركة الأجنبية المعنية معها بحق الربع مثلاً.

الصورة الثالثة: أن يمنح الامتياز للشركة الأجنبية، على أن تتعهد هذه الأخيرة بأن تؤسس بعد اكتشاف الكميات التجارية، شركة يكون للمؤسسة الحكومية نصف أسهمها أو أقل أو أكثر، حسبما يحتوي الاتفاق.

• تخريج صورة اتفاقية المشاركة:

ما تقدم ذكره في تخريج صورة اتفاقية المقاولة من استدلال ومناقشة، يمكن استحضاره هنا في تأصيل عقد المشاركة(٢).

وعلى كلٍّ، فإنه يمكن القول بأن الاتفاقيتين ـ المقاولة والمشاركة ـ يراد بإبرامهما خدمة المرفق العام، وقد أناط الشارع خدمة هذا الأخير، بولي الأمر، ومكنه من الأسباب الكفيلة بتحقيق المصلحة للأمة، فقد نص بعض الفقهاء على أنه: «حيث يكون نظر المعدن للإمام، فإنه ينظر فيه بالأصلح

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، د. غسان رباح، ص٣٨.
(٢) انظر ذلك في ص٤٠٨ وما بعدها.





جباية، وإقطاعاً»[١].

فيمنح الإمام امتيازها لمن يعمل فيها، أو يعامل الناس على العمل فيها، لجماعة المسلمين على ما يجوز له لمنافعهم[٢].

ومن ثَمَّ، فهو مخير بعد مشاورة أهل الحل والعقد في هذا التخصص، في إجراء عقود الامتياز البترولي، في أي صورة كانت على وفق قواعد العقود العامة، أو على وفق قواعد العقود الخاصة، متى كان المختار أنفع للأمة، وأربح لها[٣].

فالمشاركة في رأس المال ـ أي في تمويل عملية الاستثمار بكل ما يتصل بها من أعمال التنقيب والاستخراج، والمعالجة والنقل والتسويق ـ بين مالك النفط، وهي الدولة، وبين القائم بعملية الاستثمار الفعلية وهو الشركات، تعتبر اتفاقيات مشاركة، وعقود المشاركة عقود جائزة شرعاً، إذا توفرت ضوابطها. والله أعلم.

الفرع الرابع: الموازنة بين صور الاتفاقيات النفطية الثلاث

بالموازنة بين عناصر الاتفاقيات الثلاث، تتبين الخلاصة الآتية:

إن نظام الامتياز التقليدي ـ تاريخياً ـ لم يفسح المجال بالمشاركة لأي جهة وطنية، سواء أكانت حكومية، أم خاصة، كما أنه لم يسمح لحكومات الدول المنتجة بالقيام بأي دور فاعل في إدارة صناعة النفط.

أما بالنسبة إلى عقد المقاولة، فله من المرونة ما يسهل إدخال النفط ضمن الاقتصاد الوطني، حيث إن الدولة بهذا الأسلوب، هي التي تخطط العمليات وتتخذ بشأنها أنسب القرارات، التي تتفق والمصلحة العامة.

أما من الناحية القانونية، فتعود ملكية النفط المنتج، والمنشآت النفطية إلى صاحب الامتياز، بينما تملك الدولة الإنتاج في إطار عقد المقاولة.

(١) مواهب الجليل، للحطاب ٢/ ٣٣٦.

(٢) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ١/ ٢٩٩، ٣٠٠؛ والذخيرة للقرافي ٣/ ٦١، ٦٢؛ ومواهب الجليل ٢/ ٣٣٦.

(٣) انظر: عقد الامتياز، د. نذير أوهاب ص١٢٢.



أما المشاركة، فهي صيغة اعتمدت في أساسها على عقد الامتياز، واحتفظت بطبيعتها القانونية، وأعطت للدولة المضيفة وسيلة للدخول في مجرى العمليات المتعلقة باستغلال النفط، ضمن إطار نظام الامتياز، وقد تطورت هذه المشاركة في أسلوب جديد في هذه الفترة، حيث غطت ميادين مختلفة من النشاط الاقتصادي التي تنفذها الشركات الوطنية لكل من الدول المنتجة، والمستهلكة في إطار اتفاقيات تعاون، أبرمت بين الحكومات، شملت عدة مجالات، كنقل التقنية (التكنولوجيا)، والاستثمارات المختلفة[١].

❊ المسألة الثانية ❊

امتيازات التعدين

إن امتيازات التعدين تُعَدُّ في الوقت الحاضر من أكثر الامتيازات أهمية، لا سيما في المملكة العربية السعودية، حيث إنه في كل عام تصدر أوامر ملكية بمنح عدد من الامتيازات التعدينية في مناطق مختلفة، ضمن نماذج معدَّة لجميع الامتيازات، لا تختلف فيما بينها إلا في اسم صاحب الامتياز، وتاريخ المنح، ومنطقة الامتياز.

وسوف أعرض في هذه المسألة لبيان صور كيفية استغلال المعادن واستثمارها، وذلك ضمن ثلاثة فروع:

الفرع الأول: قيام الدولة باستغلال المعادن استغلالاً مباشراً.

الفرع الثاني: قيام الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن بمقابل.

الفرع الثالث: سماح الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن دون مقابل.

الفرع الأول: قيام الدولة باستغلال المعادن استغلالاً مباشراً

إن الدولة هي المسؤولة عن القيام بمصالح المسلمين، لذا وجب عليها أن تقوم بدورها المباشر في استغلال المعادن واستثمارها إذا اقتضت المصلحة ذلك، وكان لديها القدرة الكافية التي تؤهلها لذلك الاستغلال، أو تعهد إلى

---

(١) انظر: العقد التجاري الدولي، ص٣٩؛ وعقد الامتياز، د. أوهاب، ص١٠٩، ١١٠.

شخص ما، أو شركة متخصصة بالقيام باستخراج المعادن نيابة عنها.

وتفصيل ذلك في هاتين الحالتين:

الحالة الأولى: أن تعمد الدولة إلى استئجار أجراء يقومون باستخراج المعادن نظير أجرٍ يدفع لهم مقابل عملهم.

وهذه الصورة جائزة عند الفقهاء(١) بشرط أن تكون مدة العمل معلومة، أو تكون طبيعة العمل نفسه موصوفة وصفاً كافياً، مع بيان نوع الأجرة.

الحالة الثانية: أن تعمد الدولة إلى تحديد جعلٍ (مكافأة معينة) لمن يستخرج المعدن، وذلك بأن تقول لمن يستخرج المعدن: إن استخرجته فلك ألف ريالٍ مثلاً.

وهذه الصورة جائزة؛ لأن العمل وإن كان مجهولاً فيها، لكن العوض معلوم، وحينئذٍ فيكون حكمها حكم الجعالة، وهي جائزة عند جمهور الفقهاء من المالكية(٢) والشافعية(٣) والحنابلة(٤)؛ إذ الحاجة داعية إلى إباحة هذا العمل، لأن الدولة تبحث عن المعدن، ولا تجد من يتطوع باستخراجه، وقد لا تقدر عليه هي أيضاً، فإذا أطلقت الخطاب وجعلته شاملاً لغير المعين، فقد تجد من يعينها على مبتغاها، ولا يمكن تحقيق مثل هذا المبتغى في عقد الإجارة؛ لأن العمل في الجعالة مجهول، والإجارة لا تجوز في العمل المجهول(٥).

الفرع الثاني: قيام الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن بمقابل

إن الدولة قد تلجأ إلى هذه الصورة من الإجارة عندما تكون عاجزة عن استخراج المعادن، فتتفق مع طرف آخر قادر على استخراج المعادن مقابل

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٤٧؛ والخرشي على خليل ٢/٢٠٩؛ والمهذب ١/٥٢٢؛ والكافي لابن قدامة ٢/١٦٠؛ ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٠/١١٦.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٥؛ والقوانين الفقهية، ص١٨٢.

(٣) انظر: المهذب ١/٥٣٨.

(٤) انظر: الشرح الكبير على المقنع ١٦/١٦١؛ والإنصاف مع الشرح الكبير ١٦/١٦٢.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٢/٤٢٩؛ والشرح الكبير على المقنع ١٦/١٦١، ١٦٢.

أجرة معلومة يدفعها للدولة، أو مقابل جزء منه كربع، أو نصف، ونحو ذلك.

لذا اشتمل هذا الفرع على حالتين:

الحالة الأولى: أن تقوم الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن مقابل أجرة معلومة يدفعها للدولة.

الحالة الثانية: أن تقوم الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن مقابل جزء منها كالربع أو النصف أو نحو ذلك.

الحالة الأولى: أن تقوم الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن مقابل أجرة معلومة يدفعها للدولة:

اختلف الفقهاء في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: عدم جواز هذه الصورة للجهالة بمقدار المعدن الحقيقي الذي يجري الاتفاق على استنباطه، وبه قال الحنابلة[١].

قال الإمام أحمد بن حنبل رحمه الله: «إذا أخذ معدناً من قوم على أن يعمره، ويعمل فيه ويعطيهم ألفي مناً[٢] وأَلْفَ مَناً صُفْرَاً. فذلك مكروهٌ، ولم يرخص فيه»[٣].

القول الثاني: جواز هذه الصورة؛ لأنها هبة للثواب، وهي تجوز مع الجهالة، وبه قال المالكية[٤].

□ **الترجيح**:

يبدو ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الأول، القائل بعدم جواز هذه الصورة، وذلك لما يأتي:

١ ـ للجهالة بمقدار المعدن الحقيقي الذي يجري الاتفاق على استنباطه.

---

(١) انظر: المغني ٨/١٥٩.

(٢) المنُّ: معيار قديم يكال به أو يوزن؛ انظر: معجم لغة الفقهاء، مادة: «مقادير»، ص٤١٨؛ والمعجم الوسيط، مادة: «منّ» ٢/٨٨٩.

(٣) المغني ٨/١٥٩.

(٤) انظر: التاج والإكليل مع مواهب الجليل ٢/٣٣٨؛ ومواهب الجليل ٢/٣٣٨؛ والخرشي على خليل ٢/٢٠٩.

٢ ـ ولأنها ـ باعتبارها صورة من صور الإجارة بمعناها الاصطلاحي ـ محكومة بما لعقد الإجارة نفسه من أحكام وشرائط.

ومن المتفق عليه أن الجهالة في عمل الإجارة أمر مخل بالعقد؛ لأن تحديد متعَلَّقِ الإجارة تحديداً منضبطاً، هو عنصر أساسي في الحكم بصحتها.

والجهالة في هذه الصورة: هو عدم الإحاطة التامة بحجم الإنتاج المستخرج مسبقاً. ولهذا لم يستطع أحد من الفقهاء ـ حتى المالكية الذين أجازوا هذه الصورة ـ إنكار الجهالة فيها، وإن حاولوا تبرير رأيهم بالجواز بعدم تعارضه مع الجهالة، لإمكانية اعتبار حصول العامل على الإنتاج من قبيل الهبة ـ وهي تجوز مع الجهالة ـ لكن قضية الاعتبار شيء، وقضية الواقع شيء آخر(١).

الحالة الثانية: أن تقوم الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن مقابل جزء منها كالربع أو النصف أو نحو ذلك:

إذا دفعت الدولة المعدن لمن يعمل فيه مقابل جزء منه كربع، أو نصف، أو نحو ذلك، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز ذلك، وهو قول الجمهور.

القول الثاني: جواز ذلك، وهو قول عند المالكية والحنابلة.

وقد تقدم بحث ذلك والاستدلال له عند الكلام عن اتفاقية المقاولة في عقد الامتياز البترولي(٢).

الفرع الثالث: سماح الدولة بمنح امتياز استخراج المعادن دون مقابل

إن الدولة قد تعمد إلى منح امتياز إقطاع المعادن الباطنة(٣) لبعض الأفراد، أو الشركات للقيام باستثمارها بدون مقابل، لا سيما إذا كانت في مناطق بعيدة، وتحصل المشقة باستثمارها.

(١) انظر: أحكام استثمار الأراضي، د. علي بن محمد الحاج، ص٤٠٤.

(٢) انظر ذلك في ص٤١٣ وما بعدها.

(٣) إنما قيدت ذلك بالمعادن الباطنة؛ لأن النبي ﷺ استرجع المعادن الظاهرة من أبيض بن حمال.

وفي ذلك حالتان:

الحالة الأولى: أنْ تعمد الدولة إلى منح امتياز إقطاع المعادن الباطنة لبعض الأفراد أو الشركات للقيام باستثمارها بدون مقابل مدة من الزمن.

فهذه الصورة نوع من الهبة، وهي جائزة عند المالكية[(١)] وبعض الحنابلة كابن قدامة[(٢)]، بدليل الحديث الوارد عن النبي ﷺ: «أنه أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبلية جلسيها، وغوريها»[(٣)].

غير أن هذه الصورة في الاستخراج المعدني مشروطة بالعمل الذي يظهر أثره واضحاً على المنجم. فإن ثبت عجز من أقطع له عن استثمارها، فإنه يرفع يده عنها حتى يستفيد غيره منها[(٤)].

الحالة الثانية: أن تعمد الدولة إلى منح امتياز إقطاع المعادن الباطنة لبعض الأفراد، أو الشركات للقيام باستثمارها بدون مقابل دون تحديد مدة (هبة غير مقيدة).

فيكون ـ الموهوب له ـ مالكاً لما يخرج من ذلك المعدن؛ لأن الدولة أباحت له ذلك، فكان له ما يخرج من ثمار جهده وعمله.

وهذه الصورة من الهبة، أجازها المالكية[(٥)] وبعض الحنابلة[(٦)]، كما تقدم في الحالة الأولى؛ «لأنه إباحة من مالكه، فملك ما أخذه، كما لو أباحه الأخذ من داره، أو بستانه»[(٧)].

بينما منع صحتها جمهور الفقهاء من الحنفية[(٨)] والشافعية[(٩)] والحنابلة[(١٠)]؛ لاعتبارها هبة مجهولة، والمجهول لا يصح تملكه، ولأن الهبة

---

(١) انظر: الخرشي على خليل ٢/ ٢٠٩؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١/ ٤٨٩.
(٢) انظر: المغني ٨/ ١٥٨.
(٣) تقدم تخريج الحديث في ص٢٦٣.
(٤) انظر: المغني ٨/ ١٦٣، ١٦٤.
(٥) انظر: الخرشي على خليل ٢/ ٢٠٩.
(٦) انظر: المغني ٨/ ١٥٨.
(٧) المغني ٨/ ١٥٨.
(٨) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٢/ ١٧٢.
(٩) انظر: روضة الطالبين ٥/ ٣٧٣، ٣٧٤.
(١٠) انظر: الإقناع لطالب الانتفاع للحجاوي ٣/ ١٠٦.





تفتقر إلى القبض، فلا تنعقد هبة ما ليس بموجود وقت العقد؛ لأنه ليس بمحل للملك وقت العقد، فيقع العقد باطلاً، فلا ينعقد إلا بالتجديد[١]

وعليه يلزم: أن يصير كل ما يستنبطه الموهوب له إلى صاحب المعدن ـ وهو الواهب ـ ما لم يستأنف له هبة بعد عملية الاستخراج، مع إقباضه إياه[٢].

ويبدو ـ والله أعلم بالصواب ـ أنه يجوز للدولة أن تمنح امتياز إقطاع المعادن الباطنة، ولو بدون مقابل إذا رأت المنفعة في ذلك؛ لأنها مالكة للمعدن، وتصرفها على الرعية منوط بالمصلحة.

(١) انظر: المبسوط ١٢/٤٨؛ واللباب ٢/١٧١؛ وروضة الطالبين ٥/٣٧٥؛ ومغني المحتاج ٢/٤٠٠؛ والإقناع لطالب الانتفاع ٣/١٠٣.

(٢) انظر: أحكام استثمار الأراضي، ص٤١١.

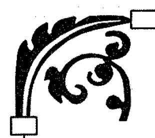
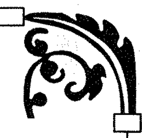



شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





المبحث الخامس

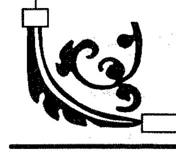
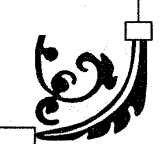
امتياز الوكالات التجارية

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

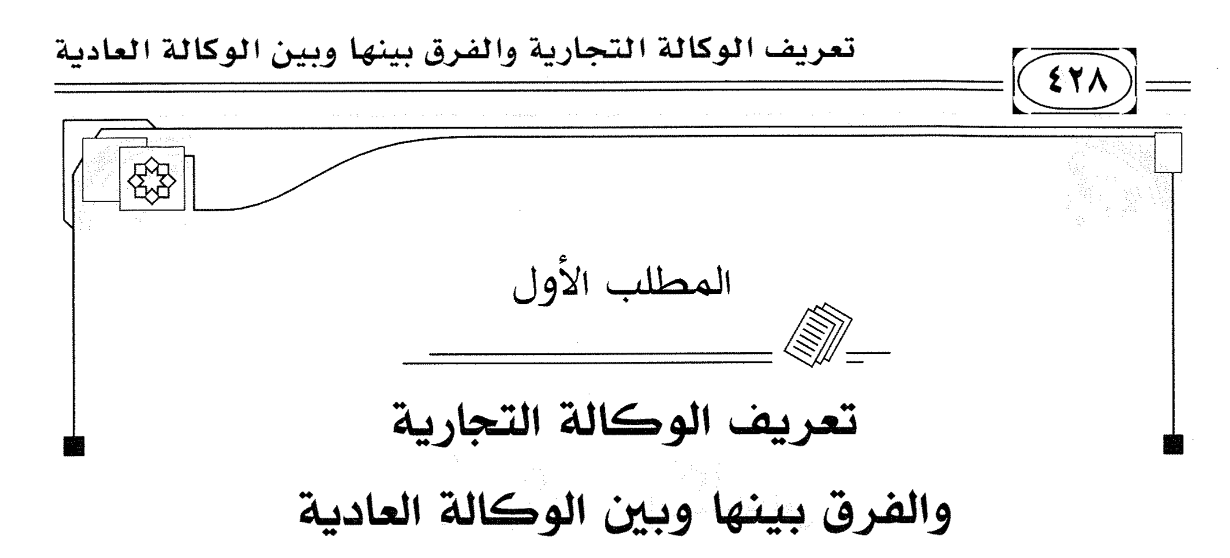
المطلب الأول: تعريف الوكالة التجارية والفرق بينها وبين الوكالة العادية.

المطلب الثاني: تخريج الوكالة التجارية وحكمها.

المطلب الثالث: علاقة الوكالة التجارية بالامتياز.





المطلب الأول

تعريف الوكالة التجارية والفرق بينها وبين الوكالة العادية

تعريف الوكالة التجارية:

يقصد بالوكالات التجارية المتعلقة بتطبيق نظام وكالات التجارة وتعديلاته في النظام السعودي بأنه: «كل من يتعامل مع المنتج أو من يقوم مقامه في بلده للقيام بالأعمال التجارية، سواء كان وكيلاً أم موزعاً بأية صورة من صور الوكالة أو التوزيع، وذلك مقابل ربح أو عمولة أو تسهيلات أياً كانت طبيعتها»[(١)].

ويشمل ذلك وكالات النقل البحري أو الجوي أو البري، وأيُّ وكالات يصدر بها قرار من وزير التجارة[(٢)].

من خلال هذا التعريف يظهر أهم المميزات أو الفوارق بين الوكالة العادية[(٣)] (المدنية)، وبين الوكالة التجارية، وتتمثل فيما يأتي:

---

(١) نظام الوكالات التجارية السعودي، لعبد الله محفوظ وأحمد الحفناوي، ص٢٢؛ وانظر: دراسة حول توحيد أنظمة التجارة في دول مجلس التعاون الخليجي ـ الشركات والوكالات التجارية، د. حمزة علي المدني ود. سعيد علي يحيى ١/١٥١، (جدة: مركز النشر العلمي، ط بدون، ١٩٨٨م).

(٢) انظر: نظام الوكالات التجارية السعودي، لعبد الله محفوظ وأحمد الحفناوي، ص٢٢.

(٣) هي: «تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله حال حياته، والمراد ما يقبل النيابة شرعاً». حاشيتا قليوبي وعميرة ٢/٣٣٦، وعرَّفها الحصكفي بقوله: «إقامة الغير مقام نفسه في تصرف جائز معلوم». الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/ ٤٠٠.




١ ـ إن الوكالة العادية هي عبارة عن عمل تطوعي في الغالب يقوم به الوكيل نيابة عن الموكل، بينما الوكالة التجارية تكون مهنة مقابل أجر، وغالباً ما تكون هي مصدر العيش الوحيد.

٢ ـ إن الوكيل في الوكالة التجارية يتصرف بحرية كاملة دون الرجوع لموكله في بعض الأمور، بينما ينبغي أن تكون الوكالة العادية واضحة المعالم ومبينة الحدود، وهذا الفرق ليس على إطلاقه حيث يمكن أن تكون الوكالة العادية مطلقة.

٣ ـ إن الوكيل التجاري يمكنه أن يوكل غيره ما لم يتعارض توكيله مع الوكالة الأولى دون رجوع لموكله، بخلاف الوكالة العادية فإن الوكيل يقوم بالعمل بنفسه دون أن يوكل غيره إلا بإذن من الموكل الأصيل (الأول)(١).

٤ ـ إن الوكيل التجاري (سواء كان هذا الوكيل شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً) يتعاقد باسمه الخاص لحساب شخص آخر لا يظهر في العقد، ومن ثم يصبح طرفاً في العقد الذي يبرمه مع الغير الذي يتعامل معه، فتنصرف إليه آثار هذا العقد، فيصبح هو الدائن أو المدين، ولا تنشأ أيُّ علاقة قانونية مباشرة بين الموكل ومن تعاقد معه الوكيل بالعمولة، ويظل وحده الملزم أمام موكله بحيث يتعين عليه فيما بعد أن ينقل إليه نتيجة التصرف الذي تم لحسابه(٢).

ويمكن القول في الوكالة التجارية إنه يغلب عليها طابع العلاقة الخارجية

= وانظر: مرشد الحيران، ص٢٣٨، م: ٩١٥؛ والخرشي على خليل ٦/ ٦٨؛ وجواهر الإكليل ٢/ ١٢٥؛ وأسنى المطالب ٢/ ٢٦٠؛ وشرح المنهج للأنصاري مع حاشية الجمل ٣/ ٤٠٠؛ والإقناع للحجاوي ٢/ ٤١٩؛ ومطالب أولي النهى ٣/ ٤٢٨.

(١) انظر: دراسة حول توحيد أنظمة التجارة في دول مجلس التعاون الخليجي ـ الشركات والوكالات التجارية ١/ ١٥٣.

(٢) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد حسن الجبر، ص٨٣، ٨٤، (الرياض: النشر العلمي والمطابع في جامعة الملك سعود، ط٢، ١٤١٨هـ).





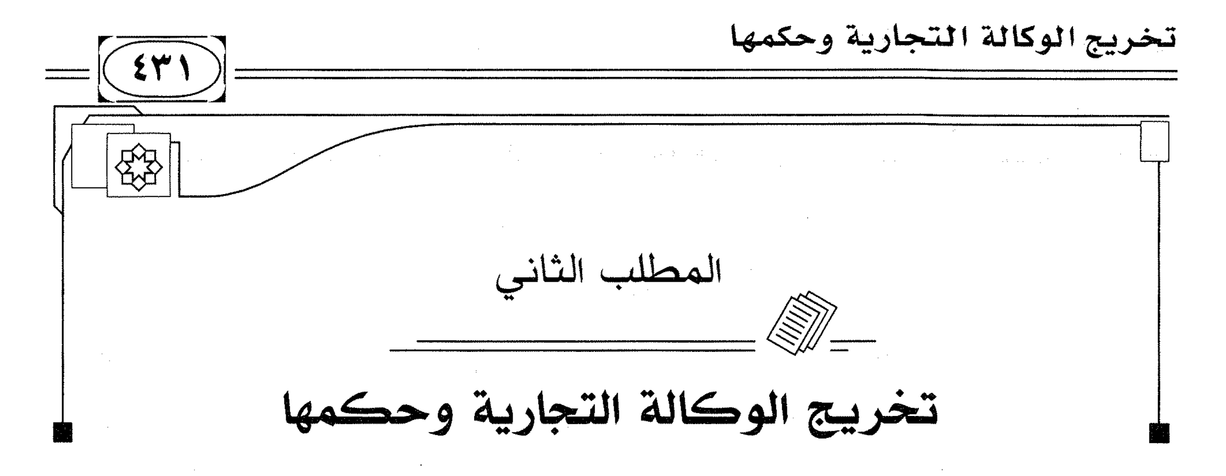
أي علاقة الفرد مع أفراد وشركات في دول خارج حدود دولته، وقد تكون الوكالة التجارية أيضاً داخلية.

فمن أمثلة الوكالات الخارجية: وكلاء السيارات وقطع غيارها، ووكلاء الأجهزة الكهربائية وغيرها من الأمور المستوردة.

وأما الوكالات الداخلية، فمثل: توزيع منتوجات شركة أو مصنع معين داخل البلد.







المطلب الثاني

تخريج الوكالة التجارية وحكمها

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: تخريج الوكالة التجارية.

المسألة الثانية: حكم الوكالة التجارية.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

تخريج الوكالة التجارية

تتردد الوكالة التجارية بين الإجارة والوكالة؛ لأن لها علاقة بالإجارة، فيمكن أن تُخرَّج على أنها منها، فيكون الوكيل هو عبارة عن أجير للموكل، مقابل أجرة محددة أو نسبة من الربح.

وقد تكون الوكالة التجارية من قبيل الوكالة، فما الوكيل التجاري إلا وكيل وكالة مطلقة في التصرف في بيع أو شراء ما وكل به، وأن بعض نقاط الخلاف ـ التي مرَّ ذكرها ـ بين الوكالة العادية (المدنية)، والوكالة التجارية، لا تنفي كون الوكالة التجارية جزءاً من الوكالة بشكل عام.

وهذا التخريج أقرب لكون الأمر باقٍ على حقيقته، ولا داعٍ لإخراجه عن تلك الحقيقة، ويمكن أن يستدل لذلك بما جاء في الحديث الصحيح عن عبد الرحمن بن عوف[١] ....

(١) هو: عبد الرحمٰن بن عوف بن عبد عوف القرشي الزهري، يكنى أبا محمد، ولد بعد الفيل بعشر سنين، كان من المهاجرين الأولين، أحد العشرة المبشرين بالجنة، وأحد =

قال: «كاتبت أمية بن خلف[١] كتاباً بأن يحفظني في صاغيتي[٢] بمكة وأحفظه في صاغيته بالمدينة، فلما ذكرت الرحمن قال: لا أعرف الرحمن، كاتبني باسمك الذي كان في الجاهلية، فكاتبته عبد عمرو، فلما كان في يوم بدر خرجت إلى جبل لأحرزه حين نام الناس، فأبصره بلال فخرج حتى وقف على مجلس من الأنصار، فقال: أمية بن خلف، لا نجوت إن نجا أمية، فخرج معه فريق من الأنصار في آثارنا، فلما خشيت أن يلحقونا خلفت لهم ابنه لأشغلهم فقتلوه ثم أبوا حتى يتبعونا، وكان رجلاً ثقيلاً فلما أدركونا قلت له: ابرك فبرك، فألقيت عليه نفسي لأمنعه، فتجلَّلوه بالسيوف من تحتي حتى قتلوه وأصاب أحدهم رجلي بسيفه، وكان عبد الرحمن بن عوف يرينا ذلك الأثر في ظهر قدمه»[٣].

وجه الدلالة من الحديث:

أن عبد الرحمن بن عوف ـ كان وكيلاً مطلقاً لأمية بن خلف فيما يحتاج إليه في المدينة، وكذلك كان أمية بن خلف وكيلاً مطلقاً لعبد الرحمن بن عوف في كل ما يحتاج إليه في مكة[٤].

= الستة الذين جعل عمر فيهم الشورى، وأخبر ﷺ أنه توفي وهو عنه راضٍ، توفي بالمدينة سنة (٣١، وقيل: ٣٢هـ).

انظر ترجمته في: الاستيعاب ٢/ ٣٨٦؛ وأسد الغابة ٣/ ٤٧٥؛ والإصابة ٤/ ١٧٦.

(١) هو: أمية بن خلف بن وهب، من بني لؤي: أحد جبابرة قريش في الجاهلية، ومن ساداتهم، أدرك الإسلام ولم يسلم. كان جسيماً ثقيلاً، وهو الذي عذب بلالاً ـ في بداية ظهور الإسلام. مات في السنة الثانية من الهجرة.

انظر ترجمته في: السيرة النبوية لابن هشام ٢/ ٦١٠، ت: مصطفى السقا وَ إبراهيم الإبياري وَ عبد الحفيظ شلبي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون، ١٩٨٥م)؛ والبداية والنهاية للحافظ ابن كثير ٥/ ١٣٢؛ والأعلام للزركلي ٢/ ٢٢.

(٢) هي: «خاصة الرجل، مأخوذ من صغى إليه إذا مال. قال الأصمعي: صاغية الرجل كل من يميل إليه، ويطلق على الأهل والمال». فتح الباري لابن حجر ٤/ ٥٦١.

(٣) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب: الوكالة، باب: إذا وكل المسلم حربياً في دار الحرب أو في دار الإسلام جاز، برقم: ٢٣٠١.

(٤) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/ ٥٦١.



فما الوكالة التجارية إلا وكالة مطلقة إلا أنها مقابل أجر، وهذا هو محل شبهها بالإجارة؛ لأنها قد تكون مقابل نسبة من الربح.

وبهذا فإن أحكام الوكالة التجارية تأخذ ذات أحكام الوكالة العادية.

والله أعلم.

* المسألة الثانية *

حكم الوكالة التجارية

يمكن تقسيم الوكالة التجارية إلى وكالات تجارية داخلية، ووكالات تجارية خارجية[١].

وبيان ذلك فيما يأتي:

أولاً: الوكالات التجارية الداخلية:

وهي كل ما كان منها بين بلاد المسلمين، فإنه يعتبر من الوكالات الداخلية حتى ولو اختلفت الحكومات بالنسبة لهذه البلدان، بناء على أن الأصل في دار الإسلام أنها بلد واحد، وأن هذه الحدود القائمة إنما هي صنيع الاستعمار، ولا تغير طابع وحدة المسلمين وبلادهم، فهي دار واحدة، والتعامل فيما بينها ينبغي أن يأخذ حكم التعامل داخل البلد الواحد.

ثانياً: الوكالات التجارية الخارجية:

وهي التي تكون بين أهل دار الإسلام في أي بقعة من بلاد المسلمين وبين أهل بلد من بلاد الكفر.

ويجوز منح امتياز الوكالات التجارية الخارجية إذا كان الوكيل مسلماً، ولا يشترط ـ باتفاق الفقهاء[٢] ـ في الموكل الإسلام، فيجوز أن يكون الموكل ذمياً أو مستأمناً أو حربياً.

(١) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص٨٢.

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/ ٥٦١.





قال ابن المنذر رَحِمَهُ اللهُ: «توكيل الحربي المستأمن مسلماً، لا خلاف في جوازه»[(١)].

وأما إذا كان الوكيل كافراً، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز للمسلم أن يوكل كافراً ـ ولو كان ذمياً ـ بأي تعامل مالي من بيع أو شراء أو قبض من مال مسلم، وبه قال المالكية[(٢)].

جاء في قوانين الأحكام الشرعية[(٣)]: «ولا يجوز توكيل الكافر على بيع أو شراء أو سلم؛ لئلا يفعل الحرام، ولا توكيله على قبض من المسلمين؛ لئلا يستعلي عليهم».

القول الثاني: يجوز للمسلم أو الذمي أن يوكل مستأمناً ببيع أو شراء وغيره، ولكن لا يجوز له توكيل حربي في دار الحرب ـ غير المستأمن ـ، وإذا لحق المستأمن الوكيل بدار الحرب بطلت وكالته.

ويكره توكيل المسلم كافراً ولو ذمياً بعقد سلم، وبهذا قال الحنفية[(٤)].

القول الثالث: يجوز توكيل المسلم الكافر حتى ولو حربياً بشراء ما يصح له شراؤه لنفسه، ويشترط في الكافر فيما يصح توكيله به أن يكون مأموناً وأن يغلب على الظن صدقه. وبه قال الشافعية[(٥)] والحنابلة[(٦)].

جاء في المغني[(٧)]: «وإن وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأمناً أو حربياً».

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٤/ ٥٦١؛ وموسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي لسعدي أبو جيب ٣/ ١٢٧٨، ف ٤٤٨٩، (دمشق: دار الفكر، ط٣، ١٤١٨هـ).

(٢) انظر: قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي، ص٢١٥؛ ومواهب الجليل للحطاب ٥/ ١١٨؛ والبهجة شرح التحفة للتسولي ١/ ٣٧٧، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤١٢هـ).

(٣) ص٢١٧.

(٤) انظر: المبسوط ١٢/ ٢١٦، ١٩/ ١٣٩.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٥/ ١٨.

(٦) انظر: المغني ٧/ ٢٠٩.

(٧) ٧/ ٢٣٧.







* الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

١ ـ قوله تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١].

وتوكيل الكافر في هذه المعاملات يعطيه لوناً من الهيمنة على المسلمين.

٢ ـ ولأنه لو وكل بقبض دين من مسلم ربما يغلظ عليه في طلبه أو يستعلي عليه.

٣ ـ ثم إنه لا يتحرى الحق والحلال في تصرفاته، إما لعدم معرفته، وإما لإرادته إطعام المسلم الحرام[(١)]، قال تعالى: ﴿وَدُّوا۟ لَوْ تَكْفُرُونَ كَمَا كَفَرُوا۟ فَتَكُونُونَ سَوَآءً﴾ [النساء: ٨٩].

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول: على أنه لا يجوز للمسلم توكيل حربي في دار الحرب ـ غير المستأمن ـ، وإذا لحق المستأمن الوكيل بدار الحرب بطلت وكالته، لتباين الدارين حقيقة وحكماً[(٢)].

واستدلوا على أنه يكره توكيل المسلم كافراً ولو ذمياً بعقد سلم «لأن الذمي لا يتحرز عن الربا وعن مباشرة العقد الفاسد، إما لجهله بذلك أو لاعتقاده أو قصده أن يؤكل المسلم الحرام، فلهذا يكره له أن يأتمنه على ذلك، ويجوز له إن فعله، لأن عقد السلم من المعاملات، وهم يستوون بالمسلمين»[(٣)].

أدلة أصحاب القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول: على أنه يجوز توكيل المسلم الكافر ولو كان حربياً بشراء ما يصح له شراؤه لنفسه:

---

(١) انظر: قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي، ص٢١٥؛ ومواهب الجليل للحطاب ٥/ ١١٨؛ والبهجة شرح التحفة للتسولي ١/ ٣٧٧.

(٢) انظر: المبسوط ١٩/ ١٣٩؛ وبدائع الصنائع ٦/ ٣٨.

(٣) المبسوط ١٢/ ٢١٦.



١ ـ لأن العدالة غير مشترطة فيه، فكذلك الدِّين كالبيع، وعليه فلا يحق توكيله بشراء مصحف؛ لأنه لا يجوز أن يباع إليه فلا يوكل بشرائه لغيره[1].

٢ ـ ولأن الوكالة استعانة، والكافر ممن يصح تصرفه فيجوز الاستعانة به[2].

□ الترجيح:

الذي يبدو ـ والله أعلم بالصواب ـ رجحان القول الثالث، القائل بجواز توكيل المسلم الكافر ولو كان حربياً بشراء ما يصح له شراؤه لنفسه إذا كان على وجهٍ يتمكن فيه المسلم أن يتحرى من صحة معاملاته، أما إذا لم يكن كذلك فلا يصح توكيله، بل ولا حتى المسلم الذي لا يتورع عن أكل الحرام للعلة نفسها.

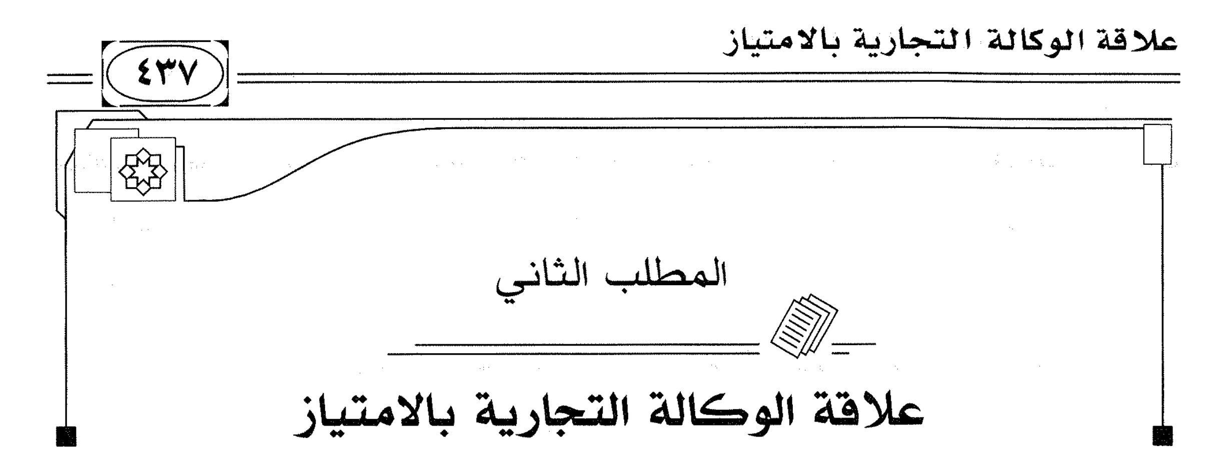
وذلك لما تقدم من حديث عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه، ولأن العدالة غير مشترطة في هذا التصرف، وكذلك الدِّين كالبيع.

وأنه لا تجوز الوكالة التجارية لحربي أو مستأمن أو ذمي من مطبعة تطبع المصحف الشريف مثلاً، ليبيعه في بلده أو غيرها؛ لأنه لا يجوز توكيله بشرائه بوكالة عادية؛ ولأنه لا يملك أن يشتريه لنفسه فلا يوكل بشرائه لغيره.

وكذلك لا يجوز للمسلم أن يكون وكيلاً تجارياً لخمارة أو مصنع خمر من أهل الحرب وغيرهم؛ لأنه لا يجوز له أن يكون وكيلاً عادياً بذلك، ولا أصيلاً يشتريه لنفسه، بل يجوز للمسلم أن يستثمر أمواله عن طريق الوكالات التجارية بأيدٍ كافرة إذا كانت بياناتها المالية مدققة، ولا تتعارض مع الأحكام الشرعية.

(١) انظر: نهاية المحتاج ٥/ ١٨؛ والمغني ٧/ ٢٣٧.
(٢) انظر: نهاية المحتاج ٥/ ١٨؛ والمغني ٧/ ١٩٧.





المطلب الثاني

علاقة الوكالة التجارية بالامتياز

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: امتياز الوكيل بالعمولة.

المسألة الثانية: امتياز الوكالة التجارية في المنطقة المحددة.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

امتياز الوكيل بالعمولة[١]

لا يعتبر الوكيل وكيلاً تجارياً يخضع للنظام التجاري إلا إذا كان تاجراً محترفاً، ولا يمكن إلا أن يكون كذلك؛ لأن نظام المحكمة التجارية، كالقانون الفرنسي والقوانين التي أخذت عنه، لا تضفي الصفة التجارية إلا على مقاولة التجارة بالعمولة؛ أي على حرفة الوكالة بالعمولة[٢].

وشرط الاحتراف هو الذي يبرر انفراد الوكيل بالعمولة بحق امتياز دون سائر الوكلاء[٣]، فالوكيل المحترف هو وحده الذي يستحق رعاية النظام إذ

---

(١) نصت المادة ١٨ من نظام المحكمة التجارية الصادر بالمرسوم الملكي رقم: ٣٢، وتاريخ ١٥/ ١/ ١٣٥٠هـ على أن «الوكيل بالعمولة هو: الذي يتعاطى التجارة بالوصاية والنيابة، ويجري معاملات باسمه أو بعنوان شركة ما لحساب موكله»؛ وانظر: الوكالة بالعمولة لعبد الرحمٰن إبراهيم المهيدب، ص٨، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ١٣٩٩هـ).

(٢) انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص٨٥، ٨٦.

(٣) حق الامتياز للوكيل بالعمولة، هو: استيفاء حقوقه من الموكل بالأولوية على من عداه من دائني الموكل، وهو يتقدم ليس فقط على الدائنين العاديين، وإنما على الدائنين =



يستطيع بفضل امتيازه أن يباشر حرفته على شكل آلي بأن يقبل التعاقد لحساب أي شخص يطلب منه ذلك دون بحث في درجة ملاءته ما دام يتمتع بامتياز من الدرجة الأولى.

أما من يقبل التعاقد لحساب الغير نظير عمولة دون أن يحترف هذا العمل، فإنه ليس جديراً بحماية النظام؛ لأنه لا يعرض خدماته على الجمهور، بل يختار موكله في روية وأناة وبناء على اعتبارات الثقة الشخصية، بعكس الوكيل المحترف الذي يعتبر حق الامتياز ركناً أساسياً في نجاح حرفته[١].

ويكون دفع العمولة للوكيل التجاري مقابل جهوده في تسهيل التعاقد بين الأطراف بإعطائه نسبة مئوية على أساس ثمن البيع للسلعة المبيعة، أو تكون الأجرة محددة بمبلغ معين وفقاً لاتفاق الأطراف[٢].

• امتياز الوكيل بالعمولة في الفقه الإسلامي:

وهذا النوع من دفع العمولة للوكيل التجاري كله جائز ولا محذور فيه، فإن تحديد جزء معلوم من الربح أو الثمن ليس فيه جهالة تمنع منه، بل هو معلوم، وقد نص على ذلك ابن قدامة في المغني[٣] وغيره من الفقهاء[٤].

= الممتازين أيضاً، ولذا قيل: إن الوكيل بالعمولة هو ممتاز الممتازين، وإن كان امتيازه يأتي بعد امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة.
ويلاحظ أن ممارسة الامتياز على ثمن البضاعة المبيعة تكون بمثابة عملية مقاصة بين المبلغ الذي يكون الوكيل بالعمولة دائناً به للموكل، والمبلغ الذي نتج من بيع البضاعة لحساب الموكل.
انظر: العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص١٠٤، ١٠٥.

(١) انظر: دروس في القانون التجاري السعودي، د. أكثم الخولي، فـ ٣٢، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ط ١٣٩٤هـ)؛ والعقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، د. محمد الجبر، ص٨٦.

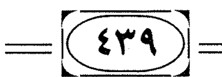
(٢) انظر: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د. صالح العوفي، ص٣٣.

(٣) ٧/ ١٤٠.

(٤) انظر: الاختيار لتعليل المختار ٣/ ٢٠؛ والقوانين الفقهية، ص١٨٦؛ ومغني المحتاج ٢/ ٣١٣.







وإنما منعوا للجهالة، مثل قوله: ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح ونحو ذلك؛ لأنه مجهول ولا يؤول إلى معلوم حيث لم يحدد قدر هذا الجزء أو النصيب[١].

وفي حال عدم وفاء الوكيل بالالتزام أو عدم تحقق الشرط المعلقة عليه هذه العمولة، وهو نجاح الوكيل في إتمام الصفقة، فإن الوكيل لا يستحق هذه العمولة[٢].

وإن كان عدم تمام الصفقة أو العمل بسبب الموكل، فيلزمه تعويض الوكيل عما بذله من جهد تعويضاً عادلاً. والله أعلم.

جاء في فتاوى بيت التمويل الكويتي:

«يجوز دفع قيمة العمولة الخاصة بالوكالة التجارية للبضاعة المستوردة برسم الواعد والمرابحة.... ولو كان الواعد بالشراء هو نفسه الوكيل التجاري للسلعة، فتدفع إليه بأمر من المصدر وفي جميع الأحوال يحق لبيت التمويل احتساب تلك العمولة من التكاليف وإضافتها للثمن مع ربحها، وللبيت هنا عند دفع العمولة للوكيل التجاري صفة مستقلة عن عملية الوعد والمرابحة، وهي أنه وكيل بالدفع عن المصدر لمال مستحق على ذلك المصدر لهذا الوكيل التجاري، الذي هو أيضاً الواعد بالشراء»[٣].

* المسألة الثانية *

امتياز الوكالة التجارية في المنطقة المحددة

كما يوجد امتياز للوكيل التجاري بالعمولة، يكون هناك أيضاً امتياز في الوكالة التجارية متعلقاً بتحديد الطرفين لمكان نشاط صاحب الامتياز في تسويق السلع أو الخدمات محل عقد الامتياز، بحيث تكون واضحة لا لبس في حدودها الجغرافية أو الإقليمية، ويمكن وضع ذلك في أحد ملاحق العقد

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٣١٣؛ والمغني ٧/١٤٢.
(٢) انظر: المغني ٧/١٦٥.
(٣) فتاوى معاصرة. بيت التمويل الكويتي، فتوى رقم: ٨٩.





للتسهيل على الطرفين في تعديلها إذا كانت هناك رغبة في تمديد نطاقها أو إنقاصه بالاتفاق بينهما[(١)].

وفي الغالب يكون شرط القصر أو الاحتكار تبادلياً بحيث يترتب عليه التزام الوكيل التجاري بالاقتصار على تسويق منتجات الموكل، ويمتنع عن تسويق منتجات منافسه أو إبرام عقود امتياز وكالات جديدة لتوزيع منتجات مشابهة تنافس منتجات الموكل إلا إذا كان محل الوكالة للعقد الجديد في منطقة أخرى بحيث لا يؤثر على نشاطه مع الموكل الأول.

كما يمتنع الموكل في المقابل من إعطاء حق امتياز الوكالة التجارية لتاجر آخر في نفس المنطقة مما يؤثر على نشاط الوكيل التجاري الأول، ويوجه بعض المتعاملين معه للتاجر الآخر، بالإضافة إلى احتمال المنافسة غير الشريفة منه، مما يجعل الوكيل التجاري في خطر احتمال الخسارة والإفلاس لارتباط نشاطه التجاري بهذا الامتياز، وعدم وجود نشاط آخر له في الغالب، وبالتالي فإنه معرض للإفلاس في حال عدم نجاحه في تحقيق أداء جيد لنشاطه التجاري في توزيع السلع محل الامتياز.

وقد يكون التعهد بعدم التعامل مع آخر من قبل الموكل دون الوكيل، وبالتالي فإن الوكيل التجاري يملك توزيع سلع أخرى والتعاقد مع موكلين آخرين سلعهم مشابهة لسلع الموكل الأول، ويكون نجاح سلع كل من الموكلين مرتبط بمدى جودة السلع التي ينتجها، والمزايا التي يوفرها للزبائن والقيمة المدفوعة لهذه السلع.

وهذا يؤدي في الغالب إلى التنافس المحمود الذي يخدم المتلقين لهذه السلع ويرتقي بمستوى الجودة والإنتاج.

ولهذا نجد كثيراً من الوكلاء التجاريين يجمعون بين منتجات متماثلة ومتنافسة كالسيارات وأجهزة التكييف والتبريد والأجهزة الإلكترونية وغيرها من السلع.

---

(١) انظر: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د. صالح العوفي، ص٣٤.





فالالتزام بقصد البيع يختلف مداه من امتياز وكالة تجارية إلى امتياز وكالات تجارية أخرى بحسب الاتفاق المبرم بينهما، فالعقد قد يتضمن أحياناً التزام كل من طرفيه بالتعامل مع الآخر فقط، ويحرمهما من الحرية في المستقبل في اختيار مورديهم أو عملائهم، وقد يسمح لهم باستبقاء بعض النشاط التجاري مع موردين أو موزعين آخرين غير الموكل التجاري والوكيل التجاري.

وقد يتضمن العقد التزام الوكيل التجاري بعدم البيع في خارج منطقته أو إلى بعض العملاء أو فئات معينة منهم[(١)].

كما يتضمن أيضاً في المقابل التزام الموكل بعدم قيام الموزعين الآخرين بالبيع في منطقته، فيكون التسويق في هذه المنطقة حكراً على الوكيل التجاري.

وقد يوجد شرط القصر (الاتفاق الحصري) في بعض العقود التي يبرمها بعض التجار الذين يقومون بالشراء لأجل البيع مع بعض المنتجين ويلتزمون بموجبها بالتزود أو التوريد على وجه الحصر من هؤلاء المنتجين دون أن يحصلوا في مقابل ذلك على احتكار البيع في مناطق نشاطهم.

وشرط القصر في امتياز الوكالات التجارية يرتب حقاً لطرفيه يجب حمايته، والاعتداء على هذا الحق يشبه المنافسة غير المشروعة، والنظام يمنع الاعتداء على حق الاحتكار أو المنافسة غير المشروعة ولو لم يقترن هذا الاعتداء بسوء النية.

ويجعل لصاحب هذا الحق أن يرد هذا الاعتداء وطلب التعويض بفضل دعوى خاصة هي دعوى الحق[(٢)].

---

(١) المصدر نفسه، ص٣٥.

(٢) تفترق الدعوى في حق الاحتكار عن دعوى المنافسة غير المشروعة من حيث الأساس القانوني الذي تقوم عليه كل منهما.

فدعوى الحق: هي الحماية التي يقررها النظام لحقٍّ مانع ثابتٍ للمدعي من شأن وجوده أن يحرم المنافسة أصلاً من جانب الغير، ولذلك يعتبر الشرط الجوهري لقيام هذه الدعوى، هو وجود هذا الحق المانع وتكامل عناصره، بينما لا يشترط لنجاح =



وقد حرصت بعض الأنظمة التجارية على الحد من الاحتكار التجاري في شرط القصر، وخاصة في عقد التوريد، وذلك باشتراطها لصحة شرط القصر أن يكون محدوداً في الزمن وفي الموضوع، أي قاصراً على بعض محلات المستورد فقط؛ لأن هذا الشرط يهدد حرية التجارة إذا كان مطلقاً في الموضوع وفي الزمن.

ومن ذلك القانون الفرنسي الصادر في ١٤ أكتوبر/تشرين الأول ١٩٤٣م، حيث وضع حداً زمنياً أقصى لصحة شرط قصر الاستيراد هو عشر سنوات(١).

وقد لجأت بعض القوانين إلى تغليب مصلحة مواطنيها فأبطلت شرط القصر في حق الوكيل؛ لأنه في الغالب من مواطنيها، ويلتزم به الموكل في عقود الوكالات التجارية؛ لأن المخاصمة معه ستكون أصلاً أمام القوانين الأجنبية التي تقر هذه الشروط.

وهذا فيه إجحاف بحق الموكل، والعدل يقتضي أن من شرط على نفسه طائعاً مختاراً لزمه ما اشترط.

فلا يجوز للوكيل التجاري ولا للموكل أن يخالف أحدهم مقتضى شرط القصر الذي شرطه على نفسه لصاحبه، وهو ما يسمى شرط عدم المنافسة.

• امتياز الوكالة التجارية في المنطقة المحددة في الفقه الإسلامي:

وفي الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء رحمهم الله تعالى قد فصَّلوا في

= هذه الدعوى قيام خطأ أو سلوك معيب من جانب من يقع منه الاعتداء على هذا الحق المانع. أما **دعوى المنافسة غير المشروعة**: فهي الجزاء الذي يقرره النظام على الإخلال بواجب يتحمل به المدعى عليه، هو واجب اتباع أساليب مشروعة في المنافسة التي لا يمنعها النظام، ولا يمنع سوى الانحراف فيها والمغالاة المضرة بالغير على وضع غير مقبول.

فالدعوى في حق الاحتكار جزاء الاعتداء على حق، بينما الثانية جزاء الإخلال بواجب عام، وهو اتباع أساليب مشروعة وشريفة في المنافسة.

انظر: الوسيط في القانون التجاري، د. أكثم الخولي ٣/٤٨.

(١) انظر: الامتياز التجاري، د. الجبر، ص١٢.



أنواع الشروط، وما يصح منها، وما لا يصح اشتراطه، والراجح أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، على ما تقدم بيانه[١]، وخاصة ما كان فيه مصلحة لأحد طرفيه أو كليهما أو دفع مفسدة، ولم يكن فيه غرر ولا ربا ونحوهما مما منعته الشريعة مطلقاً، ولو مع توهم مصلحة فيه أو دفع مفسدة.

وشرط القصر وإن كان يخالف مقتضى عقد البيع من جهة أن البيع يقتضي انتقال ملكية المبيع وحرية التصرف فيه للمشتري بموجب ذلك، إلا أن الفقهاء أيضاً أجازوا بعض الشروط التي يشترطها البائع وتعود عليه فيها منفعة معلومة.

قال في المقنع[٢]: «الثالث ـ أي النوع الثالث من الشروط الصحيحة ـ أن يشترط البائع نفعاً معلوماً في المبيع، كسكنى الدار شهراً وحملان البعير إلى موضع معلوم، أو يشترط المشتري نفع الدار في المبيع كحمل الحطب وتكسيره، وخياطة الثوب وتفصيله، فيصح».اهـ.

ولا شك أن شرط القصر في عقد الوكالات التجارية يحقق مصلحة ويحفظ حقوقاً سواء للموكل التجاري أم للوكيل التجاري أم لهما معاً.

ونقل في الإنصاف[٣] عن شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ أنه ذكر عن الإمام أحمد رَحِمَهُ اللَّهُ: «في من باع شيئاً وشرط عليه إن باعه فهو أحق به بالثمن، جواز البيع والشرط.

وسئل الإمام أحمد عمن اشترى أمة بشرط أن يتسرى بها لا للخدمة؟ قال: لا بأس.

قال الشيخ تقي الدين: روي عنه عشرون نصاً على صحة هذا الشرط.

قال: وهذا من أحمد يقتضي أنه إذا شرط على البائع فعلاً، أو تركاً في

---

(١) انظر: ذلك في ص٣٩٢.

(٢) المقنع مع الشرح الكبير والإنصاف ١١/ ٢١٤؛ وانظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/ ٣٤١.

(٣) للمرداوي مع المقنع والشرح الكبير ١١/ ٢٤٠.



البيع مما هو مقصود البائع أو للمبيع نفسه صح البيع والشرط».اهـ.

وعليه، فإن إعطاء امتياز الوكالات التجارية لشيء ما لفرد خاص أو شركة خاصة، وحصر البيع والشراء لذلك الشيء إلى ذلك الفرد أو تلك الشركة، إذا كان فيه مزايا نافعة للناس ومحققاً لمصالحهم، فإنه لا حرج فيه شرعاً.

أما إذا كان فيه كبت للناس وعنت في التعامل معهم، وتعدٍّ على حقوقهم، فإنه لا يجوز؛ إذ الشريعة جاءت بتحصيل المصالح ودرء المفاسد.

وإذا تقرر صحة الاتفاق الحصري، فإن للوكيل التجاري الحق في ملاحقة أي طرف بما في ذلك الشركة المنتجة في حالة مخالفة هذا النص.

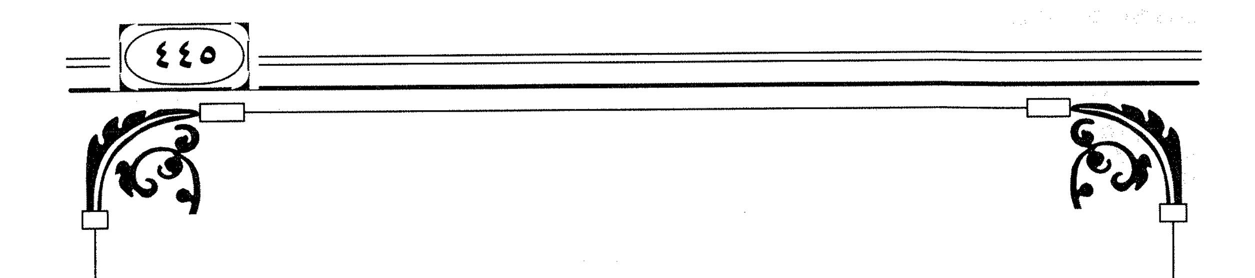
كما أن له الحق في طلب التعويض عن الخسارة التي لحقته، وما فاته من كسب نتيجة الإخلال بالعقد، والمتمثل في عدم الامتثال لهذا الشرط[1].

---

(١) انظر: المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، د. صالح العوفي، ص٣٥، والوكالات التجارية في الفقه والنظام ص٥٥٥.

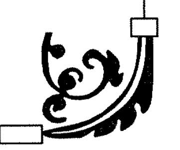






المبحث السادس

امتياز الإعلانات









المبحث السادس

امتياز الإعلانات

للإعلان أهمية كبيرة، نظراً لازدياد حجم الإنتاج وتعدده وازدياد حدة المنافسة حتى أصبح الإعلان ضرورة من ضرورات الحياة الاقتصادية، وأحد المستلزمات الأساسية للمنتج والموزع والمستهلك.

ولا يمكن لأي نظام اقتصادي كان، مهما كان نوعه الاستغناء عن الإعلان والخدمات التي تقدمها الرسائل الإعلانية في المجالات كافة، وبالأخص في مجال ترويج وتنشيط الخدمات والمنتجات.

لذا ناسب تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

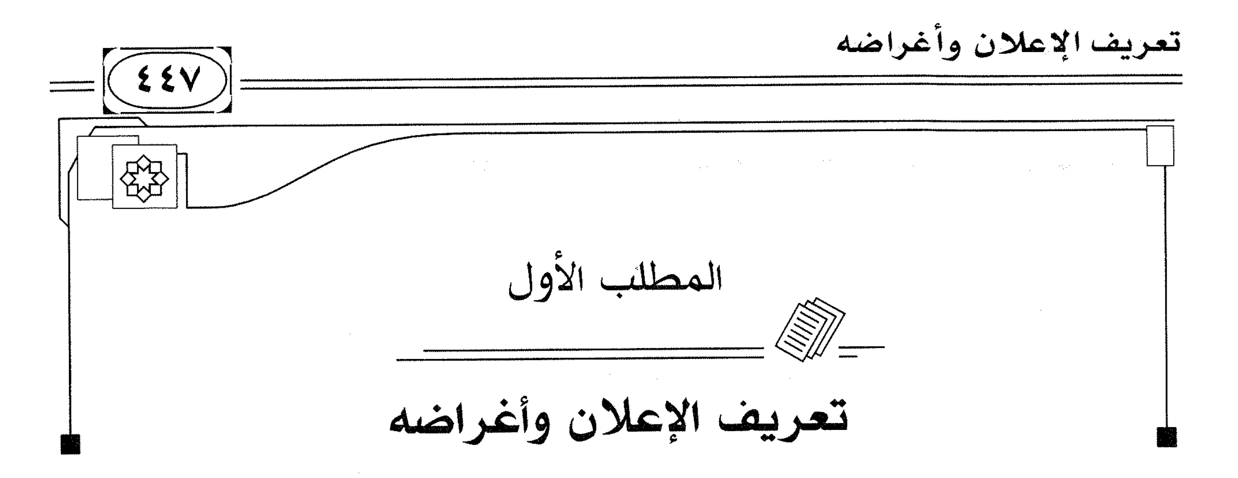
المطلب الأول: تعريف الإعلان وأغراضه.

المطلب الثاني: أنواع الإعلان التجاري وضوابطه.

المطلب الثالث: امتياز عقد الإعلان.







المطلب الأول

تعريف الإعلان وأغراضه

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف الإعلان.

المسألة الثانية: أغراض الإعلان.

❍ ❍ ❍ ❍ ❍

* المسألة الأولى *

تعريف الإعلان

الإعلان في اللغة: مصدر للفعل الرباعي «أعلن»، قال في معجم مقاييس اللغة[(١)]: «العين، واللام، والنون، أصل صحيح يدل على إظهار الشيء، والإشارة إليه، وظهوره».

فالإعلان: هو إظهار الشيء وإشاعته والمجاهرة به، وهو نقيض الخفاء.

وأما الإعلان عند الفقهاء، فهو موافق لمعناه اللغوي سواء بسواء، فهو بمعنى المجاهرة والإشاعة والمبالغة في الإظهار ونحو ذلك، ليعلم به الناس[(٢)].

---

(١) مادة: «علن» ٤/ ١١١؛ وانظر: لسان العرب، مادة: «علن» ٥/ ٣٠٨٦؛ والقاموس المحيط، مادة: «علن»، ص١٥٦٩.

(٢) انظر: معجم لغة الفقهاء، مادة: «إعلان»، ص٥٨؛ والإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي، د. مساعد بن قاسم الفالح، ص١٤، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٥هـ)؛ والموسوعة الفقهية الكويتية ٥/ ٢٦١، (الكويت: ذات السلاسل، ط٢، ١٤٠٦هـ).

وأما عند التسويقيين، فهو: تعريف بالسلع والخدمات، وعرضها للبيع، وترويجها بواسطة جهة تتولى ذلك مقابل أجر مدفوع.

وقيل: الإعلان، هو: «مجموعة الوسائل المستخدمة لتعريف الجمهور بمنشأة تجارية أو صناعية، وإقناعه بامتياز منتجاتها، والإيعاز إليه بطريقة ما عن حاجته إليها»[١].

وقيل: الإعلان، «عقد يتعهد بموجبه الناشر بأن يقوم بنشر أمر معين في وسيلة معينة، لقاء بدل يتعهد به صاحب الإعلان»[٢].

* المسألة الثانية *

أغراض الإعلان

الغرض من الإعلان عن السلعة أو الخدمة أو الفكرة المراد الإعلان عنها في السوق من وجهة نظر الوظائف التسويقية للإعلان، لا يخلو من أحد أنواع خمسة:

الغرض الأول: الإعلان التعليمي:

وهو: الذي يتعلق بتسويق السلع الجديدة التي لم يسبق لها وجود في السوق من قبل، أو السلع القديمة المعروفة التي ظهرت لها استعمالات أو استخدامات جديدة لم تكن معروفة للمستهلكين.

ووظيفة هذا النوع من الإعلان أن يعلم الجمهور خصائص السلعة الجديدة أو ما يجهله من الخصائص للسلعة المعروفة.

الغرض الثاني: الإعلان الإرشادي والإخباري:

ويتعلق بالسلع أو الخدمات أو الأفكار أو المنشآت المعروفة للجمهور،

(١) قاموس لاروس في دائرة المعارف الفرنسية، بواسطة حقيقة الإعلان، د. محمد عمر الحاجي، ص١٤، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٣هـ).

(٢) عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، د. علي أبو البصل، ص١٥٢.

والتي لا يعرف الناس حقائق كافية عنها، أو لا يعرفون كيفية إشباعها لحاجاتهم بطريقة اقتصادية، أو لا يعرفون كيف ومتى ومن أين يحصلون عليها.

وتتلخص وظيفة هذا النوع من الإعلان في إخبار الجمهور بالمعلومات التي تيسر له الحصول على الشيء المعلن عنه بأقل جهد وفي أقصر وقت وبأقل نفقات، وفي إرشاد الجمهور إلى كيفية إشباع حاجاته.

الغرض الثالث: الإعلان التذكيري:

وهو الذي ينشر أو يذاع متعلقاً بسلع أو خدمات أو أفكار أو منشآت معروفة طبيعتها ومعلومة خصائصها للجمهور، بقصد تذكير ذلك الجمهور بها والتغلب على عادة النسيان الأصلية لدى البشر، ولحثه على إشباع رغباته الحقيقية عن طريق ما يعلن عنه من سلع أو خدمات أو أفكار أو منشآت، سواء كان ذلك وقت نشر الإعلان أو إذاعته أو متى جاء الوقت المناسب لإشباع تلك الحاجات.

الغرض الرابع: الإعلان الإعلامي:

وهو الذي يعمل على تقوية صناعةٍ ما أو نوع معين من السلع أو الخدمات أو إحدى المنشآت، وذلك بتقديم بيانات للجمهور يؤدي نشرها أو إذاعتها بين أفراده إلى تقوية الصلة بينهم وبين المنتج، أو تكوين رأي معين لدى الجمهور، أو تصحيح فكرة خاطئة نبتت عنده، مما يعمل على بعث الثقة أو تقويتها فيما يتعلق بالنوع المعين من السلع أو الخدمات أو المنشآت.

الغرض الخامس: الإعلان التنافسي:

يتعلق هذا النوع من الإعلان بالسلع أو الخدمات ذات المركز الوطيد في السوق، والتي تكون قد ظهرت منتجات أخرى منافسة لها، أو بالسلع أو الخدمات الجديدة التي تنافس سلعاً أو خدمات أخرى معروفة، وتعمل على إحلال نفسها محل الأولى.

ويشترط في الإعلان التنافسي أن يكون عن سلع أو خدمات متنافسة، بمعنى أن تكون متكافئة في النوع ومتساوية مع بعضها من حيث الخصائص وظروف الاستعمال والثمن وما إلى ذلك.

ويعتمد نجاح هذا النوع من الإعلان على ما ينفقه المعلنون على نشره، من أموال مما يهيئ لهم النجاح في التغلب على المنافسين، إلى جانب الأفكار الجديدة المبتكرة في الرسائل الإعلانية المنشورة أو المذاعة، والتي تلقى قبولاً أكثر من الجمهور(١).

ويمكن حصر وظائف إدارة الإعلان بعدة نقاط، لكن أهمها(٢):

١ ـ القيام ببحوث الإعلان.

٢ ـ تحديد ميزانية الإعلان.

٣ ـ اختيار وسائل نشر الإعلان.

٤ ـ توزيع ميزانية الإعلان على وسائل نشر الإعلانات.

٥ ـ شراء الحيِّز الإعلاني من وسائل نشر الإعلانات وإصدار أوامر النشر إلى دور نشر الإعلانات.

٦ ـ التصميم الفني للإعلان، وإعداد الرسائل الإعلانية.

٧ ـ إنتاج المواد اللازمة لنشر الإعلانات، مثل: الشرائح والأفلام للإعلانات التلفازية، واللوحات، والملصقات لإعلانات الطرق وغيره.

٨ ـ توزيع المواد اللازمة لنشر الإعلانات على دور نشر الإعلانات.

٩ ـ الرقابة على نشر الإعلانات.

١٠ ـ متابعة النشاط الإعلاني للشركات المنافسة.

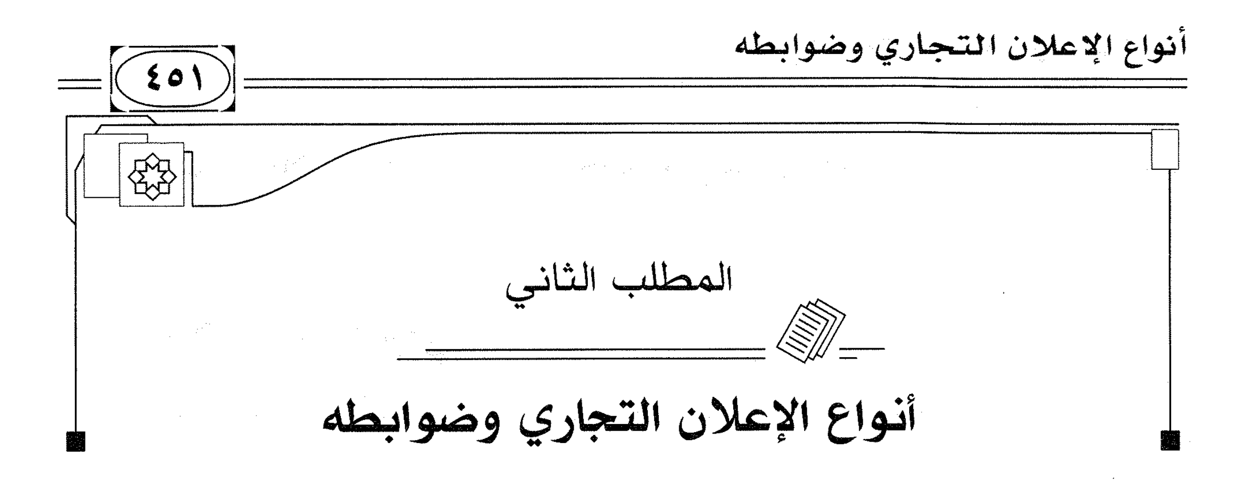
١١ ـ القيام بالأعمال الإدارية والمالية الخاصة بنشاط الإعلان.

---

(١) انظر: الإعلان، د. محمود عليان المشوط، ص٦٥، ٦٦، (دمشق: جامعة دمشق، ط١، ١٩٨٧م)؛ وحقيقة الإعلان، د. محمد عمر الحاجي، ص٤٤، ٤٥؛ وعقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، د. علي أبو البصل، ص١٥٢.

(٢) انظر: حقيقة الإعلان، ص٤٥، ٤٦.





المطلب الثاني

أنواع الإعلان التجاري وضوابطه

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: أنواع الإعلان التجاري.

المسألة الثانية: ضوابط الإعلان التجاري.

○ ○ ○ ○ ○

* المسـألة الأولى *

أنواع الإعلان التجاري

هناك تصنيفات عديدة لأنواع الإعلان، لكن أهمها ما دار حول التقسيم الآتي(١):

١ ـ تقسيم الإعلان حسب النطاق الجغرافي.

٢ ـ تقسيم الإعلان حسب الوسيلة الإعلانية المستخدمة.

٣ ـ تقسيم الإعلان حسب نوع المعلِن.

والقسم الأول من هذه الأقسام هو المعني بالبحث:

فيختلف الإعلان حسب النطاق الجغرافي الذي يغطيه، ويمكن في هذا الصدد التمييز بين الأنواع الثلاثة الآتية:

أ ـ إعلان دولي:

حيث يغطي الإعلان أكثر من دولة واحدة، مثال ذلك: الإعلانات عن السيارات والأجهزة الكهربائية والساعات... إلخ.

(١) انظر: حقيقة الإعلان، د. محمد عمر الحاجي، ص٣١، ٣٢.



ويتم الإعلان عادة في هذه الحالة عن طريق عقد امتياز وذلك بالتنسيق بين الشركة الأم وبين الوكلاء في الدول المختلفة.

ب ـ إعلان وطني (قومي):

حيث يغطي الإعلان الدولة كلها، وليس منطقة معينة، ويهدف المعلن في هذه الحالة إلى الانتشار في حدود الدولة، ومحاولة التأثير على كافة المستهلكين في المناطق المختلفة لقبول السلعة أو الخدمة وشرائها.

وفي هذا القسم تسعى بعض المؤسسات الحصول على **امتياز الإعلان**، كما هو جارٍ مثلاً في حصول (تهامة) على امتياز الإعلان للوحات (اليونيبول) الإعلانية التي تمتد على الطرق السريعة في المملكة العربية السعودية، حيث تضاء بالليل، وتعتبر من الوسائل الناجحة والمؤثرة لحمل الرسالة الإعلانية، إضافة إلى أنها اقتصادية في تكاليفها بعقودها السنوية، وتتولى تهامة **امتياز الإعلان** عن تلك الوسيلة الناجحة.

ومثل ذلك: لوحات (البرزما)، ولوحات (السوبر ينيبول)، ولوحات (الباك لايت)، ولوحات المطار، وهذه الأخيرة تتنوع بأحجام ومساحات مختلفة توجد مثلاً في مطار الملك خالد الدولي بالرياض بمواقع متميزة بصالات القدوم والمغادرة، وتعتبر من الوسائل الإعلانية الناجحة حيث يشاهدها الملايين سنوياً، وتؤجر بعقود سنوية ونصف سنوية(١).

ومثال ذلك أيضاً: حصول (مجموعة المتسابق السعودي الدولية) على امتياز الإعلان في فواتير الكهرباء بالمنطقة الوسطى(٢). وكذا امتياز الإعلان على إيصالات مرتبات منسوبي الخطوط الجوية العربية السعودية، الذي يعد الوصول لهم من قبل المعلن هدفاً حقيقياً؛ وذلك لما يتمتعون به من مميزات

---

(١) انظر: موقع وسائل تهامة على الشبكة العنكبوتية الإنترنت: www.tihama.Outdoor Media com. تاريخ زيارة الموقع ٢٨/ ٢/ ٢٠٠٤م.

(٢) انظر: موقع مجموعة المتسابق السعودي الدولية على الشبكة العنكبوتية الإنترنت: www.srg-sa.com. تاريخ زيارة الموقع ٢/ ٢/ ١٤٢٦هـ.

تجعلهم جمهوراً مستهدفاً ومؤثراً لكافة الشركات والمؤسسات الراغبة في ترويج منتجاتها وخدماتها المختلفة[١].

ج ـ الإعلان المحلي:

يستهدف هذا الإعلان التركيز على منطقة جغرافية محددة، والصفة الأساسية في الإعلان المحلي، هو اقتصاره على مجموعة من المستهلكين يقيمون في منطقة معينة.

وينتشر مثل هذا النوع من الإعلان بالنسبة للشركات صغيرة الحجم التي تخدم منطقة جغرافية محددة، وفي دول تتباعد فيها المناطق، ومثل: الولايات المتحدة، والاتحاد السوفييتي، وأستراليا والمملكة العربية السعودية...

* المسألة الثانية *

ضوابط الإعلان التجاري

لا يستطيع الإنسان أن ينكر الدور الكبير الذي يقوم به الإعلان التجاري في تسويق السلع والمنتجات، والتعريف بها، ولا أحد يستطيع كذلك أن ينكر الدور الاقتصادي الكبير الذي يقوم به الإعلان كمصدر دخل ثابت لوسائل الإعلام، إلا أن الإعلان يقع في كثير من الأحيان فريسة للهوى التجاري، ويتحول إلى وسيلة مادية مجردة لا تقيم للدين والقيم والأخلاق أي اعتبار لا سيما وأن المناخ في هذا الجانب دعا أصحاب الإعلانات التجارية إلى التفنن في عرض هذه الإعلانات بشتى الوسائل والطرق والحرص على كل ما فيه غرابة أو إثارة للمستهلك.

لذا كان من الضرورة بمكان أن توضع ضوابط لما يعرض في الإعلانات التجارية بمختلف أنواعها، وفيما يأتي أهم تلك الضوابط:

١ ـ مراعاة جانب العقيدة الإسلامية، فلا يجوز أن يتم الإعلان عن كتب

(١) المصدر نفسه.



الفرق الضالة والمناهج الفاسدة، أو الإعلان عن مواد إعلامية فيها مخالفات عقدية، مثل: الإعلان عن كتب الأبراج والطوالع والتنبؤات، أو الإعلان عن تذويب عقيدة الولاء والبراء بإظهار حياة الغرب وإبرازها واعتبارها نموذجاً للحياة السعيدة(١).

٢ ـ كون المعلَن عنه مباحاً، فلا يجوز الإعلان عن الخمور، ولا عن التدخين والسجائر بأنواعها، ولا عن المسابقات التي تنطوي على القمار أو اليانصيب، كما لا يجوز الإعلان عن القروض الربوية أو ألبسة الكفار أو أدوات الزينة المحرمة كآلات النمص والوشم.

فالإعلان التجاري وسيلة إلى غيره، والوسائل لها أحكام المقاصد(٢). فإذا كان الإعلان التجاري داعياً إلى خير ومرغباً فيه، فهو مطلوب ومرغب فيه، وإذا كان داعياً إلى شر أو أمرٍ غير مرغب فيه شرعاً، فهو مرفوض ومحرم.

ويدل لذلك قوله ﷺ: «من دعا إلى هدى كان له من الأجر مثل أجور من تبعه، لا ينقص ذلك من أجورهم شيئاً، ومن دعا إلى ضلالة، كان عليه من الإثم مثل آثام من تبعه، لا ينقص ذلك من آثامهم شيئاً»(٣).

٣ ـ الصدق في الإعلان، وهو من أهم عوامل نجاح الإعلان، فلا بد من إظهار حقيقة السلعة والكشف عن جودتها ومزاياها الحقيقية ونوعها، وحقيقة المواد المصنوعة منها، وموطنها الأصلي(٤)، والخدمات المصاحبة للشراء من تبديل أو رد أو صيانة، بعد البيع أو نحو ذلك(٥).

---

(١) انظر: الإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي، د. مساعد الفالح، ص٩٧.
(٢) انظر: مقاصد الشريعة الإسلامية، للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور، ص١٤٥.
(٣) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: العلم، باب: من سن سنة حسنة أو سيئة، ومن دعا إلى هدى أو ضلالة، برقم: ٢٦٧٤.
(٤) انظر: الإعلان من منظور إسلامي، د. أحمد عيساوي، ص٨٦، كتاب: الأمة، العدد: ٧١، جمادى الأولى، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط١، ١٤٢٠هـ)؛ والإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي، ص٩٦.
(٥) المصدر نفسه.



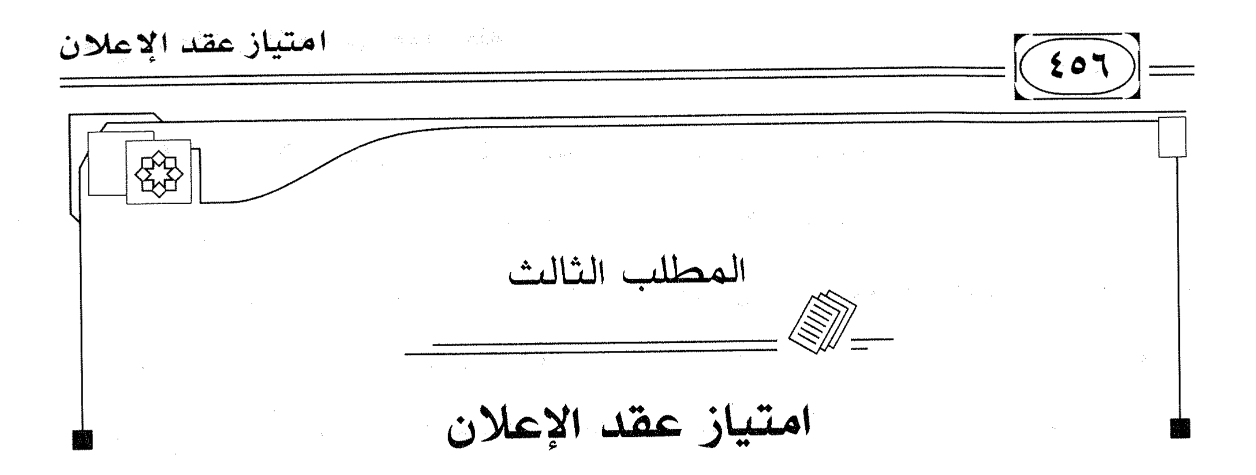
٤ ـ أن لا يكون وسيلة يفتح باب الترف والتبذير في حياة الناس[١]؛ لأن التبذير محرم، ووسيلة المحرم محرمة، عملاً بقاعدة سد الذرائع.

٥ ـ أن لا يترتب على الإعلان التجاري عن السلعة ضرر بالآخرين، كأن تتضمن الدعاية للسلعة ذم سلعة التجار الآخرين، فذلك من الضرر الممنوع شرعاً[٢]، وقد نصَّت القواعد الفقهية: أنه: لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال.

(١) انظر: عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، ص١٥٢.

(٢) انظر: الإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي، ص٩٧، ٩٨.





المطلب الثالث

امتياز عقد الإعلان

لا يوجد في الفقه الإسلامي ما يسمى بعقد الإعلان؛ لأن هذا العقد من المستجدات، إلا أنه يمكن أن يَنْضَمَّ وفق القواعد العامة والخاصة الواردة في الفقه الإسلامي إلى زمرة العقود التي تشمل بأحكامها هذا العقد[١].

وإنه إذا ما توافرت شروط صحة عقد الإعلان، وتحققت الضوابط

---

(١) يشتمل عقد الإعلان على الأمور الآتية:
١ ـ إنه عقد رضائي يتم بارتباط إيجاب صاحب الإعلان، وقبول الناشر.
٢ ـ صاحب الإعلان هو الذي يختار العبارات التي يشتمل عليها الإعلان، ويتعاقد مع ناشر على نشر هذه العبارات على الجمهور حتى يصل إلى علم الناس الإعلان الذي يريده.
٣ ـ طرق ووسائل نشر الإعلان مختلفة متنوعة، كالإعلان عن طريق المطبوعات، والإعلان عن طريق اللصق على الحيطان أو التعليق على قوائم تثبت في الأرض أو فوق الأسطح، والإعلان عن طريق وسائل الإذاعة والتلفاز وعلى الطرق السريعة، ونحو ذلك.
٤ ـ يلتزم صاحب الإعلان بدفع البدل المتفق عليه، فإن لم يتفق على بدل معين، وجب الرجوع إلى قائمة الأسعار التي وضعها الناشر، ويفترض أن صاحب الإعلان قد قَبِلَ أن يدفع البدل بحسب الأسعار المقررة من قبل مؤسسات الإعلان، وعدم تحديد البدل، جهالة لا تفضي إلى منازعة؛ لأن الأسعار مقررة مسبقاً من قبل مؤسسات الإعلان، بناء على تحديدها من قبل وسائل الاتصال المختلفة كالإذاعة والتلفاز والصحف.
انظر: الوسيط في شرح القانون المدني، د. عبد الرزاق السنهوري ٧/ ٣٦٥ ـ ٣٦٨؛ وعقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي، ص١٥٢، ١٥٣؛ ومعالجة قانونية لحقوق الامتياز، لأحمد منير فهمي، ص٦٧، مقال في مجلة تجارة الرياض، العدد: ٤٢٤، السنة الثامنة والثلاثون، يناير/كانون الثاني ١٩٩٨م، رمضان ١٤١٨هـ.





الشرعية للإعلانات التجارية، أمكن القول بجواز منح امتياز الإعلانات، وذلك أيضاً وفق ما تختص به وسائل الإعلان من ضوابط باعتبارها وسائل نشر وقول.

ويستوي في جواز امتياز الإعلان ما كان داخلياً في البلد أو خارجياً أجنبياً عنه، وهو: ذلك الإعلان الذي أنتج في الدول الخارجية من قبل شركات أجنبية لها وكلاء في بلد آخر لترويج بضائعها، فيطلب إعادة بث تلك الإعلانات داخل بلد الوكلاء مع كونها صممت لمجتمعات مغايرة لمجتمعنا في الدين والقيم، أو تلك الإعلانات التي صممت لحساب جهة داخلية، ولكن جرى إنتاجها خارج البلاد، وفق معايير مختلفة عن معايير الإعلان في البلد المصمم له.

ولا شك أن فتح المجال لبث هذه الإعلانات من قبل وكلاء امتياز الإعلان، سوف يؤدي إلى عرض الكثير من المخالفات الشرعية والأخلاقية.

لذا فإن المنظم السعودي لم يغفل هذا الجانب، حيث وردت مادتان في قواعد وأساسيات الإعلان التجاري في التلفاز السعودي تحدد ماذا يجب على الإعلان الأجنبي أن يلتزم به، وهما:

«تلتزم جميع شركات الإعلان الأجنبي بنفس قواعد ومقاييس قبول الإعلان التجاري التي تلتزم بها الشركات والمؤسسات الوطنية»[(١)].

ولا شك أن هذا النص النظامي واضح في تقييد الإعلان الأجنبي بقواعد الإعلان المحلي، وبالتالي فإن جميع الضوابط التي ذكرت فيما سبق منطبقة على الإعلان الأجنبي بحيث يجب عليه الالتزام بها.

والمادة الثانية، هي:

«الإعلانات الواردة من خارج المملكة أو من وكالات عالمية يلزمها أن تكون عن طريق وكيل أو وكالة إعلان محلية يمكن الاتصال بها عند اللزوم»[(٢)].

---

(١) قواعد وأساسيات الإعلان التجاري، ص٢٠.

(٢) المصدر نفسه.





وفي هذا النص النظامي زيادة تقييد وضبط لتلك الإعلانات الأجنبية، حيث إن اتصالها بجهة أو وكالة إعلان محلية يفيد تكييف تلك الإعلانات الأجنبية لتكون ملائمة للقواعد والضوابط المعمول بها في الإعلانات المحلية.

ثم إن الدولة يجب عليها القيام بحق الرقابة على وسائل الإعلان، فكما يجب عليها أن تقوم برقابة أصحاب الملكيات فيما يحصل منهم من تعدٍّ، باحتكار أو تدليس أو غش أو غير ذلك، فإن واجبها الرقابة على وسائل الإعلان بحملها على مراعاة الضوابط الشرعية، وعدم التعدي على حقوق الآخرين المادية والمعنوية(١).

كما أن امتياز الإعلانات يلتزم به أصحاب الامتياز في عقود الامتياز التجارية كامتياز إنتاج السلع والخدمات، وامتياز الوكالات التجارية، ونحو ذلك.

إذ ترتب هذه العقود التزامات على صاحب الامتياز بالمشاركة في برامج الدعاية والإعلان العامة، وبرامج التدريب والتطوير مع باقي أعضاء شبكة الامتياز بالإضافة إلى مواكبة ذلك في الواقع العملي لصاحب الامتياز.

إذ إن بعض السلع والخدمات تحتاج إلى ذلك لكسب السوق أمام المنافسة القوية من التجار الآخرين، ويتولى مانح الامتياز غالباً إقامة هذه البرامج والتخطيط لها لسائر أعضاء الشبكة، ويساهم كل عضو بجزء من هذه التكاليف لهذه البرامج، أو أنها تكون مشمولة أحياناً بالرسوم الدورية التي يأخذها مانح الامتياز من أصحاب الامتياز.

كما أن اللوحات الدعائية، وما ينتجه المانح من أفلام دعائية وبرامج تعرض من خلال وسائل الإعلام المسموعة والمرئية يتولى كلُّ صاحبِ امتيازٍ مسؤوليةَ عرضها في منطقته.

---

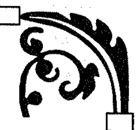
(١) انظر: ملكية وسائل الإعلام وعلاقتها بالوظائف الإعلامية في ضوء الإسلام، د. محمد عبد الله الخرعان، ص٢٣٠، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤١٧هـ).





وقد تكون تكاليف العرض على المانح أو على صاحب الامتياز حسب شروط العقد بينهما[1]. والله أعلم.

(١) انظر: معالجة قانونية لحقوق الامتياز، لأحمد منير فهمي، ص٦٧، مقال في مجلة تجارة الرياض، العدد: ٤٢٤، السنة الثامنة والثلاثون، يناير/كانون الثاني ١٩٩٨م، رمضان ١٤١٨هـ.

المبحث السابع

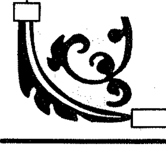
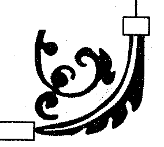
امتياز عقد التوريد

- ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف عقد التوريد.

المطلب الثاني: تخريج عقد التوريد وأقسامه.

المطلب الثالث: امتياز عقد التوريد.





المطلب الأول

تعريف عقد التوريد

التوريد في اللغة:

مصدر: وَرَّد يورِّد، «والواو، والراء، والدال، أصلان: أحدهما: الموافاة إلى الشيء، والثاني: لون من الألوان»[(١)]، وورد يرِد بالكسر وروداً: حضر، واستورده: أحضره[(٢)].

وعلى هذا فالتوريد: إحضار الشيء وجلبه من خارج البلد.

التوريد في الاصطلاح:

قيل: هو «اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين»[(٣)].

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه قصر التوريد على ما إذا كان أحد العاقدين جهة حكومية، بينما التوريد يمكن أن يكون بين الأفراد والشركات غير الحكومية[(٤)].

وقيل في تعريفه، إنه: «عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يسلم بضائع

(١) معجم مقاييس اللغة، مادة: «ورد» ٦/ ١٠٥؛ ولسان العرب، مادة: «ورد» ٨/ ٤٨١٠.

(٢) انظر: القاموس المحيط، مادة: «ورد»، ص٤١٥.

(٣) الأسس العامة للعقود الإدارية، د. الطماوي، ص١٢١؛ وانظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، للوهيبي، ص٣٨؛ والعقود الإدارية، لأنس جعفر، ص٧.

(٤) انظر: عقد التوريد ـ دراسة شرعية ـ، د. عبد الله بن محمد المطلق، ص٢٤، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد: ١٠، جمادى الآخرة ١٤١٤هـ/ ديسمبر/كانون الأول ١٩٩٣م.

معينة بصفة دورية أو منتظمة خلال فترة معينة لشخص آخر نظير مبلغ معين»[١].

ويؤخذ على هذا التعريف: أنه قصر التوريد على ما إذا كان منجماً يتم بصفة متكررة منتظمة، مع أن ما يتم منجزاً دفعة واحدة يسمى توريداً[٢].

وقيل في تعريفه إنه: «عقد يتعهد بمقتضاه أحد العاقدين بإحضار بضاعة من بلدها إلى بلد آخر يعيِّنه العاقد الآخر مقابل ثمن معين»[٣].

فهو عقد بين جهة إدارية ومنشأة خاصة أو عامة على توريد أصناف من سلع أو مواد أو خدمات، محددة الأصناف، في تواريخ معينة، مرة واحدة أو مرات بصفة متكررة، لقاء ثمن معين، يدفع نجوماً[٤].

وبهذا يكون العقد عقداً إدارياً إذا كانت الدولة طرفاً فيه، مع العلم أنه قد يكون أيضاً عقداً غير إداري إذا كان بين الأفراد فيما بينهم، مع أن الغالب على عقد التوريد أن يكون من العقود الإدارية، كعقد المقاولة، وعقد الصيانة.

والتوريد يمكن أن يكون لشيء جاهز يجلب من بلده، كما لو اتفقا على أن يقوم المورد بتوريد بضائع مصنعة وجاهزة، ويمكن أن يكون التوريد لشيء غير موجود يراد إيجاده، كما لو تعاقدا على أن يقوم المورد بصنع مكاتب خشبية بصفة معينة ثم يرسلها إلى البلد الذي يريده المستورد[٥].

---

(١) القانون التجاري السعودي، د. محمد حسن الجبر، ص٦٧، فـ ٤٥، (الرياض: جامعة الملك سعود، ط١، ١٤٠٢هـ).

(٢) انظر: العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، لسمير صادق، ص١٧٤، (مصر: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط بدون).

(٣) عقد المقاولة، د. عبد الرحمٰن العايد، ص٣٥٢، (الرياض: مطبعة جامعة الإمام محمد بن سعود، ط١، ١٤٢٥هـ).

(٤) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢١؛ والشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، لمحمود عبد الكريم أحمد إرشيد، ص١٣٢، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢١هـ)؛ ومناقصات العقود الإدارية، د. رفيق يونس المصري، ص٢٩، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٠هـ).

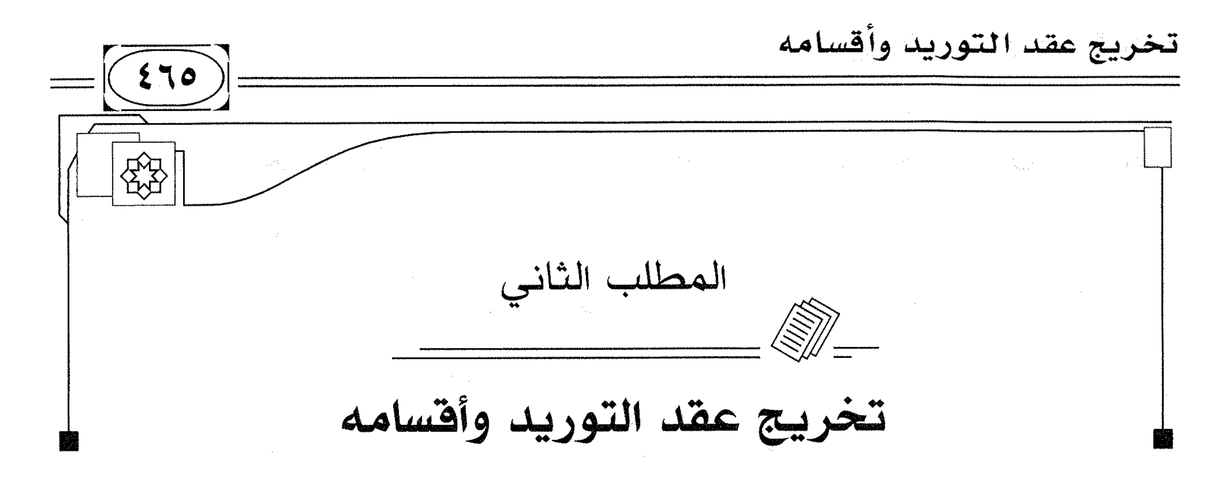
(٥) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢١؛ وعقد المقاولة، ص٣٥٢.



وعقد التوريد يقع على المنقولات مهما كانت قيمتها وطبيعتها أو الغرض منها أو طريقة تنفيذها، ولكنه لا يرد على العقارات[1].

(١) انظر: الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢١؛ والقواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣٨؛ وعقد التوريد ـ دراسة فقهية تحليلية ـ، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث في مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: الثاني عشر/ ٣٥٢/٢.





المطلب الثاني

تخريج عقد التوريد وأقسامه

ويشتمل على مسألتين:

المسألة الأولى: تخريج عقد التوريد.

المسألة الثانية: أقسام عقد التوريد.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

تخريج عقد التوريد

من الواضح أن القضية التي تثير إشكالاً في عقد التوريد، كونه يقع غالباً بتأجيل البدلين، فهو نوع من الكالئ بالكالئ، إلا أن كثيراً من الفقهاء المعاصرين يرى جواز عقد التوريد حتى مع التأجيل، ولهم تخريجات قيلت لتجويز هذا العقد[1].

---

(١) انظر: عقد التوريد ـ دراسة شرعية ـ، د. عبد الله المطلق، ص٣٣؛ والمدخل الفقهي العام، للزرقا ٢/ ٧١٠؛ والغرر، د. الضرير، ص٣١٦؛ وأحكام عقود التأمين، لعبد الله بن زيد آل محمود، ص٣٠٢ ـ ٣٠٥، بحث في مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (قطر: مطابع الدوحة الحديثة، ط٢، ١٤٠٦هـ)؛ وعقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ، د. كاسب عبد الكريم البدران، ص٢١٤، (ط بدون)؛ ودراسات في أصول المداينات، د. نزيه حماد، ص٢٧١، (الطائف: دار الفاروق، ط١، ١٤١١هـ)؛ ومناقصات العقود الإدارية، د. رفيق المصري، ص٢٩؛ والخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. يوسف الشبيلي ٢/ ٥٥١، ٥٥٢، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٥هـ).



وأقرب تخريج قيل في ذلك، أنه إذا كان محله عيناً مصنعة فهو من عقود الاستصناع، وهو استصناع موازي[١].

أما إن كان عيناً غير مصنعة فهو جائز أيضاً على ما ذهب إليه المالكية من جواز الشراء من دائم العمل[٢].

وذهب بعض المعاصرين[٣] إلى جواز بيع الدين مطلقاً، سواء كان مؤخراً أم غير مؤخر، وهو قول قوي في النظر؛ فإن المتتبع لصور بيع الدين يجد أن أغلبها لا تخلو من خلاف، مما يؤكد أن الإجماع المحكي في

= وخلاصة هذه التخريجات ثلاثة، هي:
١ ـ تخريجه على عقد الاستصناع.
٢ ـ تخريجه على بيع أهل المدينة.
٣ ـ تخريجه على بيع الموصوف في الذمة غير المعين.

(١) وهو ما يسمى بالاستصناع من الباطن، وصورته:
١ ـ أن يتعاقد المحتاج للسلع الصناعية، سواء كان تاجراً أو مستهلكاً، مع المصرف بطريقة الاستصناع، ليقوم المصرف بإنتاجها، فيكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً، ويمكن أن يكون الثمن مؤجلاً.
٢ ـ ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع على أساس المواصفات والتصاميم المطلوبة المبينة في العقد الأول، ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً. وهكذا تكون مدة التمويل مضاعفة، ما يتيح للمصرف الإسلامي أن يحصل على ربح وافر.
٣ ـ ثم إذا تسلم المصرف السلع من الصانعين بعد تمامها يقوم بتسليمها إلى طالبيها.
انظر: عقد الاستصناع، د. محمد سليمان الأشقر ١/٢٤٠، بحث في كتاب بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة؛ والخدمات الاستثمارية في المصارف، د. الشبيلي ٢/٥٣٢.

(٢) يسمى الشراء من دائم العمل بيعة أهل المدينة لاشتهارها بينهم، حيث كان الناس يتبايعون اللحم والخبز بسعر معلوم يأخذ المشتري كل يوم شيئاً معلوماً، ويشرع في الأخذ ويتأخر الثمن إلى العطاء، وكذلك كل ما يباع في الأسواق.
قال الإمام مالك رحمه الله: لا أرى بأساً إذا كان العطاء مأموناً وكان الثمن إلى أجل.
انظر: التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل ٤/٥٣٨؛ ومواهب الجليل ٤/٥٣٨؛ والخرشي على خليل ٥/٢٢٣.

(٣) انظر: الغرر، د. الضرير، ص٣١٦.



تحريمه عموماً غير صحيح، فضلاً عن أن مستند الإجماع، وهو حديث النهي عن الكالئ بالكالئ(١)، ضعيف لا تقوم به الحجة(٢).

* المسألة الثانية *

أقسام عقد التوريد

تنقسم عقود التوريد أقساماً متعددة باعتبارات مختلفة، إلا أن الذي يعنينا هو تقسيمها باعتبار طبيعة العقد، حيث تنقسم إلى قسمين(٣):

(١) رواه عبد الرزاق في «المصنف»، كتاب: البيوع، باب: آجل بآجل، برقم: ١٤٤٤٠، ٨/ ٩٠؛ والدارقطني في «سننه»، كتاب: البيوع، برقم: ٢٦٩، ٢٧٠، ٣/ ٧١ ـ ٧٢؛ والبغوي في «شرح السنة»، باب: النهي عن بيع ما اشتراه قبل القبض، برقم: ٢٠٩١، ٨/ ١١٣؛ والحاكم في «مستدركه»، كتاب: البيوع، باب: النهي عن بيع الكالئ بالكالئ، برقم: ٢٣٨٩، ٢/ ٣٦٨؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في النهي عن بيع الدين بالدين ٥/ ٢٩٠، قال الزيلعي في «نصب الراية»: «ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بموسى بن عبيدة، ونقل تضعيفه عن أحمد، قال: فقيل لأحمد: إن شعبة يروي عنه، قال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه، قال ابن عدي: والضعف على حديثه بيِّن». اهـ.
وقال الحافظ في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢٦، برقم: ١٢٠٥: «قال أحمد بن حنبل: لا تحل عندي الرواية عن موسى بن عبيدة، ولا أعرف هذا الحديث عن غيره، وقال أيضاً: ليس في هذا حديث يصح، لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين، قال الشافعي: أهل الحديث يوهنون هذا الحديث...». وخطَّأ البيهقي الدارقطني والحاكم في روايتهما الحديث عن موسى بن عقبة، وقال: إنما هو موسى بن عبيدة الربذي؛ انظر: نصب الراية ٤/ ٤٠؛ والتعليق المغني ٣/ ٧٢.
وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في كتاب «العقود»، ص٤٥٠، ٤٥١، ت: نشأت بن كمال المصري، (مكتبة المورد، ط١، ١٤٢٣هـ)، ما نصه: «ولفظ النهي عن بيع الدين بالدين لم يرو عن النبي ﷺ لا بإسناد صحيح ولا ضعيف، وإنما في حديث منقطع...».
وضعف الحديث أيضاً الحافظ في «التلخيص الحبير» ٣/ ٢٦، برقم: ١٢٠٥؛ والهيثمي في «مجمع الزوائد»، كتاب: البيوع، باب: ما نهي عنه من البيوع ٤/ ٨٣؛ والزيلعي في «نصب الراية» ٤/ ٤٠؛ والألباني في «الإرواء» ٥/ ٢٢٠، برقم: ١٣٨٢؛ وفي ضعيف الجامع الصغير له، برقم: ٦٠٦١.
(٢) انظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف، د. الشبيلي ٢/ ٥٥٢، ٥٥٣.
(٣) انظر: عقد التوريد، د. عبد الله المطلق، ص٣٢؛ ومناقصات العقود الإدارية، =



أولاً: عقود التوريد الإدارية:

وهي ما يكون أحد طرفيها شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام.

مثالها: اتفاق إحدى شركات الخطوط الحكومية مع إحدى الشركات على توريد الإعاشة للركاب.

ثانياً: عقود التوريد الخاصة:

وهي التي يكون طرفاها أفراداً أو شركات خاصة.

مثالها: اتفاق أحد المطاعم مع أحد بائعي الخضار على توريد كمية من الخضار يومياً.

وقد يكون الثمن في عقد التوريد مؤجلاً ـ وهذا هو الغالب ـ، وقد يكون معجلاً، ويغلب تسميته في هذه الحالة بـ«الاشتراك»، مثل: اشتراك الدوائر الحكومية والأفراد في الصحف والمجلات، أو في الحصول على المياه المعقمة، ونحو ذلك.

وفي عقود التوريد الإدارية يتم إرساء العقد على المورد بإحدى طرق ثلاث:

١ ـ إما بالمناقصة، وهي طريقة تستهدف الحصول على أقل عطاء في إنجاز عمل معين مع مطابقته للشروط والمواصفات.

٢ ـ أو بالممارسة، وتعني المفاوضة المباشرة (المساومة) مع عدد من الموردين لاختيار أنسب العطاءات.

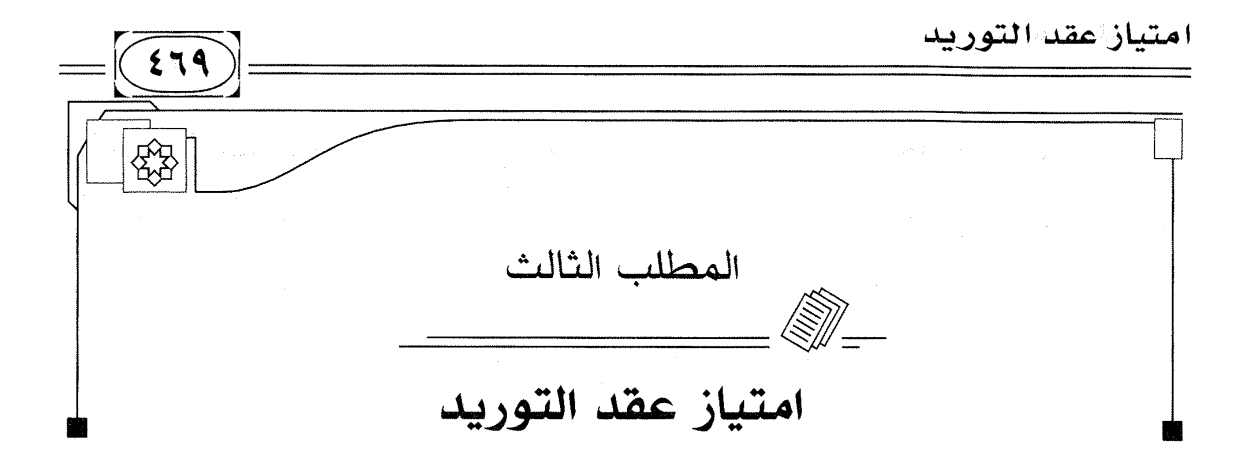
٣ ـ أو بالتأمين المباشر، ويعني التعاقد بين الطرفين مباشرة من غير مناقصة ولا ممارسة[1].

= د. رفيق المصري، ص٢٩؛ والخدمات الاستثمارية في المصارف، د. الشبيلي ٢/ ٥٥٠.

(١) انظر: عقد التوريد، د. عبد الله المطلق، ص٣٢؛ والأسس العامة للعقود الإدارية، ص٢٩٠ وما بعدها؛ والنجش والمزايدة والمناقصة والممارسة، د. رفيق المصري، ص١٠٩، ١٣٢، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٠هـ).







المطلب الثالث

امتياز عقد التوريد

يهدف مانح الامتياز الدخول إلى سوق صاحب الامتياز، وترويج بضائعه فيها لتحقيق أعلى معدل ممكن من المبيعات والأرباح المترتبة على ذلك، ولذا فهو يشترط على صاحب الامتياز حداً أدنى للمنتجات التي يشتريها منه مقابل عدم تسويقها عن طريق تاجر آخر.

ويتم تحديد هذه الكمية بعد دراسة للسوق ومعرفة احتياجاته، وتعد غالباً من قبل مانح الامتياز بمشاركة صاحب الامتياز قبل الدخول في العقد، ومن خلال مكاتب للدراسات الاقتصادية متخصصة في دراسة جدوى المشروع، والمردود الاقتصادي المتوقع، والأسلوب الأمثل لتنفيذه والتكاليف المترتبة على ذلك.

وتكون هذه الدراسة على حساب صاحب الامتياز أو مناصفة بينه وبين مانح الامتياز.

وبالتالي فإن الوعد الصادر من صاحب الامتياز بشراء هذه الكمية، والتزام المانح بإنتاجها له يرتب عليه تنفيذ التزامه بشراء هذه الكمية أو تعويض مانح الامتياز عما يصيبه من ضرر جراء ذلك الإخلال ما لم تكن الظروف خارجة عن إرادة الطرفين، كما في حال صدور أمر من حكومة المانح بعدم التصدير أو حكومة صاحب الامتياز بعدم الاستيراد.

وينص عادة في العقود على ما ينبغي أن يتخذ في مثل تلك الظروف والتبعة التي تقع على كاهل كل منهما. وغالباً يتمكن مانح الامتياز من تسويق تلك المنتجات من خلال شبكة التوزيع المنتشرة والتابعة له.

وهذا الالتزام هو الشائع في سائر معاملات التجار اليوم حيث يتفق

صاحب الامتياز مع مانح الامتياز على شراء بضائع وسلع محددة تسلم في آجال يتم تحديدها غالباً، وتسلم قيمتها عند استلامها، وفي بعض الأحيان تسلم مقدماً، وهو ما يسمى اليوم بـ«عقد التوريد»، ويتم ذلك خلال حالين، هما:

الحال الأولى: أن يتعاقد صاحب الامتياز مع مانح الامتياز على شراء كمية محددة من السلع تسلم له في أجل محدد، على أن يتم تعجيل الثمن بحيث يدفعه الموزع للمنتج مقدماً عند التعاقد على الكمية المتفق عليها.

وهذا ما يسمى في الفقه الإسلامي بعقد السلم، وهو نوع من أنواع البيوع المشروعة بالكتاب والسنة والإجماع، وله شروط معروفة، لا داعي للإطالة في بحثها[1].

الحال الثانية: أن يتعاقد صاحب الامتياز مع مانح الامتياز على شراء كمية محددة من السلع يتم استلامها وتسليم ثمنها بعد أجل محدد أو تتوزع على آجال محددة، فيتأخر الثمن والمثمن.

وهذا ما لا يجيزه العلماء ـ رحمهم الله ـ في السلم من أجل اشتراط تعجيل الثمن، وأنه لا يجوز تأخير البدلين.

وقد شاع هذا التعامل، وأصبحت غالب عقود التجار مع بعضهم البعض على ذلك.

وهذا النوع أصبح من العقود التجارية المهمة التي تحقق مصالح متعددة لأطراف متعددين، مانح الامتياز وصاحب الامتياز والمصدر والمستورد والمجتمع بأجمعه، وهو الوسيلة المثلى لتبادل السلع والبضائع بين التجار في أنحاء العالم.

---

(١) انظر في مشروعية السلم، وبيان شروطه:
المبسوط ١٢/ ١٢٤؛ وبدائع الصنائع ٥/ ٢٠٧؛ وشرح فتح القدير ٧/ ٦٩؛ والكافي لابن عبد البر ٢/ ٦٩١؛ والذخيرة ٥/ ٢٢٤؛ وعقد الجواهر الثمينة ٢/ ٧٥٠؛ والأم ٣/ ٨٩؛ ومغني المحتاج ٢/ ١٠٢؛ وحاشية الجمل على شرح المنهج ٣/ ٢٢٥؛ والمغني ٦/ ٣٨٤؛ والإقناع للحجاوي ٢/ ٢٧٩؛ ومطالب أولي النهى ٣/ ٢٠٧؛ وإعلام الموقعين لابن القيم ١/ ٣٣٩.

فالتاجر المنتج يحتاج إلى أن يرتبط بعقود ملزمة مع الموزعين ليتحمل تكاليف الإنتاج للسلع التي تم التعاقد عليها معهم، بالإضافة إلى أنه يتم إرسالها في آجال محددة مما يوفر عليه تكاليف المستودعات والتخزين.

فمانح الامتياز ينتج كل كمية في الوقت المناسب، ويتم شحنها وإرسالها إلى صاحب الامتياز مباشرة، وبالتالي لا يحصل تكدس للسلع لدى صاحب الامتياز، ولا يوجد سلع وبضائع كاسدة إلا في حدود ضيقة إن وجدت.

كما أن ارتباطه مع أصحاب المواد الخام أو الصناعات المساعدة الضرورية لإنتاج سلعه وبضائعه يحتاج إلى ضبط ودقة في مواعيد سداد استحقاقاتهم، فارتباط مانح الامتياز مع أصحاب الامتياز على كميات محددة وأسعار محددة سلفاً يمكنه من ضبط توازنه المالي، والوفاء بالتزاماته المالية دون الحاجة إلى سيولة نقدية احتياطية كبرى.

بالإضافة إلى أن صاحب الامتياز بهذا النوع من البيوع يخفف عن نفسه تكاليف تخزين البضائع التي يستوردها على آجال محددة؛ إذ إنه لو استوردها دفعة واحدة لكلفه تخزينها والمحافظة عليها أموالاً طائلة، بخلاف ما إذا كان وصول البضائع له في مواعيد متفرقة خلال العام في أوقات قد حددها بناءً على معرفته باحتياج السوق وقدراته على التسويق والحفظ.

كما أن استيرادها مفرقة يخفف عنه عبء سداد قيمتها كاملة لو كان استلامه لها دفعة واحدة مما يعوقه غالباً عن شراء الكميات الكبيرة التي يشتريها من خلال عقد التوريد، بينما بمثل هذه العقود يمكن صاحب الامتياز أن يقوم بتأمين قيمة كل دفعة من خلال بيعه للدفعات السابقة.

ومما يجعل عقد البيع المجزَّأ ضرورياً في هذا العصر، أن غالب السلع يتم تحديد تاريخ إنتاجها والمدة التي تكون صالحة فيها بعد الإنتاج، وبالتالي فإن استيراد هذه الكميات دفعة واحدة يجعلها في آخر العام كاسدة؛ إذ إن غالب الناس يبحث عن السلع حديثة الإنتاج بالإضافة إلى نقص مواصفاتها وتأثرها خلال تلك الفترة.

ولا يوجد صناعة لشيء من المواد أو الأجهزة إلا ويسجل عليها تاريخ الإنتاج، وتتأثر بمضي الزمن عن ذلك التاريخ.

وتأجيل تسليم الثمن إلى حين استلام البضاعة والسلع من المنتج حسب اتفاقهم على نوع من أنواع التسليم التجاري المشتهرة الآن يجعله في مأمن عن ضياع أمواله عند عدم حصوله على السلع لظرف من الظروف الطارئة كظروف الحرب أو منع الإنتاج والمقاطعات التجارية الدولية أو إفلاس الشركة أو التاجر المنتج (مانح الامتياز)، وتعثر الإنتاج مما يجعل لدى صاحب الامتياز القدرة على التصرف في مثل تلك الظروف وسد حاجة المجتمع بتأمينها من منتج أو تاجر آخر لوجود أمواله لديه، والتي تمكنه من التصرف وتخفيف الأثر الناتج عن تعذر تنفيذ العقد مع المنتج الأول.

وخاصة أن غالب التجارة الآن دولية، فليس هناك رابطة قوية خاصة تربطه بالمنتج وثقة تجعله يأمن على أمواله لو سلمها إليه.

ولذا فإن غالب تلك العقود تربط بالتأمين من خلال شركات التأمين التجارية التي تسعى إلى وضع التوازن المالي أو الاقتصادي للأطراف في حال حصول ظروف طارئة خارجة عن إرادتهم أو تقصير وإخلال من جانبهم.

ويكفي للاطلاع على توغل التجارة العالمية بين التجار وأهمية ذلك، النظر إلى أصغر المحلات التجارية حيث تجده قد ملئ بالعديد من السلع والمواد، وكل منها من دولة، بل إن السلعة الواحدة قد جمعت موادها وأجزاؤها أحياناً من أقطار عدة في هذا العالم الواسع، مما يؤكد أهمية اعتماد القول بالجواز لعقد التوريد، وضعف الأسباب المانعة منه.

ومما يؤيد ذلك أن حاجة الناس إلى التعامل بهذا النوع ظاهرة وشائعة، فغالب التجار يسعى إلى إبرام عقود البيع بهذه الصفة لما تقدم من أسباب ومصالح يجنيها كل من البائع والمشتري، وليس عليهم فيها أي غبن أو غرر أو شبهة ربا.

ولا شك أن تحريم هذا النوع من التعامل يوقع الناس في حرج شديد، ويتسبب في كساد الأسواق وعدم توافر السلع فيها فضلاً عن الخسائر التي

ستقع بالتجار المشترين في حالة عدم وفاء التجار البائعين لهم؛ إذ إن استرجاعهم لرؤوس أموالهم سيكون بعد جهد جهيد، بل إن كثيراً منهم لن يرجع إليه رأس ماله، وخاصة إذا علمنا أن غالب هؤلاء التجار خارج الدولة الإسلامية وبعيدين عن نفوذها.

وقد وضع الفقهاء قواعد لضبط هذه المصالح، وأنها مما تتغير بها الفتوى.

يقول القرافي رَحِمَهُ اللَّهُ[1]: «قاعدة في أصول الفقه: إن المصالح الشرعية ثلاثة أقسام:

ضرورية كنفقة الإنسان، وحاجية كنفقة الزوجات، وتمامية كنفقة الأقارب، والرتبة الأولى مقدمة على الثانية، والثانية على الثالثة عند التعارض، وكذلك دفع الضرر عن النفوس والمشقة مصلحة ولو أفضت إلى مخالفة القواعد، وذلك ضروري مؤثر في الرخص كالبلد الذي يتعذر فيه العدول».

فالقواعد التي وضعها الفقهاء ـ رحمهم الله ـ لضبط أحكام المعاملات وفروع الفقه متى حصل في تطبيق قاعدة منها على فرع من فروعها حرج ومشقة أخرجت منها وألحقت بقاعدة أخرى أليق بها في صورتها الحالية.

وقد قرر شيخ الإسلام ابن تيمية رَحِمَهُ اللَّهُ أن أحكام الشريعة جارية على العدل، وعدم صحة كثير من تشقيقات الفقهاء.

فقال رَحِمَهُ اللَّهُ: «وحينئذٍ فقد ظهر أن المعاوضات جارية على قانونٍ واحدٍ، وأن الشريعة متناسبة معتدلة، تسوي بين المتماثلات وتفرق بين المختلفات، وظهر أن هذه التعقيدات التي تشترط في البيع لا أصل لها في كتاب ولا سنة ولا أثر عن الصحابة ولا قياس ولا عليها عمل المسلمين قديماً ولا حديثاً ولا مصلحة فيها.

---

(١) انظر: الذخيرة ٥/٢٢٤؛ وانظر: مقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر بن عاشور، ص٧٩.

ولهذا من عامل الناس بها استثقلوه ونفروا منه، فعلم أنها من المنكر لا من المعروف»[(١)].

وبيَّن أيضاً أن ما يحتاجه الناس من المعاملات، فإن الشريعة لا تحرمها حتى ولو كان فيها نوع من الغرر، «كما أباح بيع الثمار قبل بدو صلاحها مبقاة إلى الجذاذ وإن كان بعض المبيع لم يخلق، وكما أباح أن يشترط المشتري ثمرة النخل المؤبر وذلك اشتراء قبل بدو صلاحها لكنه تابع للشجرة، وأباح بيع العرايا بخرصها فأقام التقدير بالخرص مقام التقدير بالكيل عند الحاجة، مع أن ذلك يدخل في الربا الذي هو أعظم من بيع الغرر، وهذه قاعدة الشريعة، وهو تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع أعظم المفسدتين بالتزام أدناها»[(٢)].

فالتشديد على الناس بتحريم ما ليس بحرام أو أن الحاجة إليه تنقل من حكم إلى حكم، يؤدي بالناس إما إلى الحيل والتلاعب بالشريعة أو أن يقدموا على ذلك معتقدين حرمتها لحاجتهم إلى ذلك، وفي هذا نقض لمقصد عظيم من مقاصد الشريعة من التشريع، وهو أن يكون نافذاً في الأمة، وأن يكون محترماً من جميعها؛ إذ لا تحصل المنفعة المقصودة منه كاملة بدون نفوذه واحترامه[(٣)].

لذا يبقى عقد التوريد نوعاً من التعامل ظهرت حاجة الناس إليه ـ لا سيما في هذا العصر الذي رفعت فيه الأمانة وفشا النفاق والخيانة كما أخبر بذلك النبي ﷺ، بل باتت حتى الدول فيما بينها لا تفي بعضها للبعض الآخر مع القوة والمواثيق، فما بالك بأفراد الناس ـ على أصل الإباحة، وقد أجاز بعض الفقهاء ـ رحمهم الله ـ للمشتري حبس الثمن إلى حين استلام المبيع، وقد يطول ذلك ولم يبطلوه[(٤)].

---

(١) كتاب العقود، ص٣٥١.

(٢) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٢٢٨.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٢٩/٦٣، ٦٤؛ ومقاصد الشريعة الإسلامية للطاهر ابن عاشور، ص١٢٢.

(٤) انظر: الذخيرة ٥/٢٥٩؛ والشرح الكبير مع الإنصاف ١١/٤٨٥؛ وإعلام الموقعين ٤/٣٢، ٣٣.



كما أن عقد البيع يصح بدون التقابض، ويلزم بالعقد مطلقاً على الصحيح من مذهب الحنابلة، وعليه أكثر الأصحاب[١]، وعقد التوريد من هذا.

فهذا العقد داخل في عموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

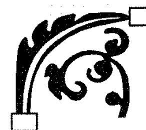
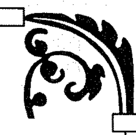
وأهل الاختصاص والخبرة من التجار يعدونه من العدل، وتعارفوا على أنه لا غرر فيه ولا غبن مما يقتضي سلامته من المفسدات. والله أعلم.

(١) انظر: الإنصاف مع الشرح الكبير ١١/٤٩٨؛ وقواعد ابن رجب، ص٧١، القاعدة: ٤٩.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE

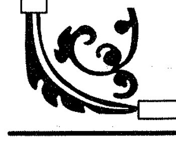
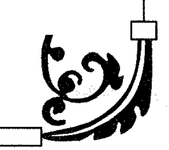
المبحث الثامن

بطاقة الامتياز

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف بطاقة الائتمان وأنواعها.

المطلب الثاني: امتياز البطاقات.

المطلب الأول

تعريف بطاقة الائتمان وأنواعها

ويحتوي على مسألتين:

المسألة الأولى: تعريف بطاقة الائتمان.

المسألة الثانية: أنواع بطاقة الائتمان.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

تعريف بطاقة الائتمان

تتزايد أهمية البطاقات ـ على اختلاف أنواعها ـ يوماً بعد يوم، وتتنوع عقودها وتتعدد مزاياها، مما يجعل الإحاطة بها هدفاً فيه نوع صعوبة، لكنني سأقصر البحث عن بعض أنواع البطاقات اللدائنية؛ إذ المقصود ضرب بعض الأمثلة لبطاقات الامتياز، **وأبدأ بتعريف بطاقة الائتمان:** هي كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم ٦٣ ١/٧، «مستند يعطيه مُصدِره لشخص طبيعي أو اعتباري ـ بناء على عقد بينهما ـ يمكنه من شراء السلع أو الخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالاً، لتضمُّنِه التزام المصدِر بالدفع.

ومن أنواع هذا المستند ما يمكِّن من سحب نقود من المصارف.

ولبطاقات الائتمان صور:

ـ منها ما يكون السحب أو الدفع بموجبها من حساب حاملها في المصرف، وليس من حساب المصدِر، فتكون بذلك مغطاة.

ـ ومنها ما يكون الدفع من حساب المُصدر، ثم يعود على حاملها في مواعيد دورية.

ـ ومنها ما يفرض فوائد ربوية على مجموع الرصيد غير المدفوع خلال فترة محددة من تاريخ المطالبة، ومنها ما لا يفرض فوائد.

ـ وأكثرها يفرض رسماً سنوياً على حاملها، ومنها ما لا يفرض فيه المصدر رسماً»(١). وأصل معنى الائتمان في الاقتصاد: القدرة على الإقراض(٢)، والبطاقات هي في الواقع بطاقات الإقراض، وإن كان السحب المباشر من الرصيد لا يوصف بالإقراض، فتسمى بطاقات الدفع أو بطاقات المعاملات المالية(٣).

* المسألة الثانية *

أنواع بطاقة الائتمان

تقسم البنوك والمؤسسات الاقتصادية البطاقات إلى أنواع مختلفة باعتبارات متعددة تمكن أصحابها من السحب من أرصدتهم نقداً، أو الحصول على قرض، أو دفع أثمان المشتريات ومقابل الخدمات، وذلك على نوعين: بطاقات ائتمانية، وبطاقات غير ائتمانية (بطاقات القيد)(٤).

---

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي ـ جدة، ص١٤٠، ١٤١.

(٢) الائتمان: التزام جهة لجهة أخرى بالإقراض أو المداينة.

(٣) انظر: البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص٢٥، ٢٦، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٩هـ)؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، لنواف عبد الله أحمد باتوبارة، ص١٣٧، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: السابع الثلاثون ـ السنة العاشرة ـ شوال ـ ذو القعدة ـ ذو الحجة ١٤١٨هـ؛ وبطاقات الائتمان، د. وهبة الزحيلي، ص٥٣٧، ٥٣٨، بحث منشور في كتابه المعاملات المالية المعاصرة؛ وبطاقة الائتمان، بكر بن عبد الله أبو زيد، ص١٢، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ).

(٤) انظر: البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، ص٦٩.

وفيما يأتي استعراض سريع لأنواع بطاقات الائتمان[1]:

أولاً: أنواع بطاقات الائتمان باعتبار وجود القرض فيها وعدمه:

فقد قسمت باعتبار ذلك إلى ثلاثة أقسام:

١ ـ بطاقة الخصوم أو البطاقة المدنية:

تعطى هذه البطاقة للشخص الذي يكون لديه حساب في المصرف، ويجب أن لا ينقص رصيد حسابه عن المبلغ الذي يمكن أن تؤمنه بطاقة الائتمان.

وبذا يكون رصيد الحساب المصرفي شبيه بضمان نقدي.

وهذا النوع من بطاقات الائتمان هو أكثر الأنواع انتشاراً في البلاد النامية؛ لغرض السيطرة على حجم النقود في الاقتصاد.

ومن الواضح أن هذه البطاقة كثيرة الشبه بالشيك الذي يستحق الدفع لمجرد الاطلاع عليه، والتاجر يقبل قيمة البضائع أو الخدمات بمجرد الاطلاع على البطاقة.

٢ ـ بطاقة الائتمان العادية:

هي نوع من بطاقات الدفع، وتستخدم كأداة وفاء وائتمان، والفرق الرئيسي بين هذه البطاقة وسابقتها هو عدم ارتباط إصدارها بإيداع مبلغ من الحساب.

ومن ثَّم فعندما يقوم الفرد باستخدامها، فإنه يحصل ـ آلياً، وبشكل

---

(١) انظر: الائتمان المولد على شكل بطاقة مع صيغة مقترحة لبطاقة ائتمانية خالية من المحظورات الشرعية، د. محمد القري بن عيد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/٢/٥٨١ ـ ٥٨٣؛ والخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري، ص٥٦٤، ٥٦٥؛ وبطاقات الائتمان، د. وهبة الزحيلي، ص٥٣٩ ـ ٥٤٤؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، لنواف باتوبارة، ص١٤٣؛ وبطاقة الائتمان، لحسن الجواهري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/٢/٦٠٩، ٦١٠؛ وبطاقة الائتمان، بكر بن عبد الله أبو زيد، ص٢٧.

نظري ـ على قرض (ائتمان) مساوٍ لقيمة السلعة أو الخدمة، ويلتزم حامل البطاقة بتسديد كامل مبلغ الفاتورة خلال فترة لا تزيد غالباً عن ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه للسلعة أو الخدمة.

وفي حال المماطلة يقوم المصرف بإلغاء عضوية حامل البطاقة وسحبها منه، وملاحقته قضائياً؛ من أجل تسديد ما تعلق بذمته.

ويسمى هذا النوع من البطاقات: بطاقة الخصم الشهري.

٣ ـ بطاقة الائتمان القرضية:

هي نوع من بطاقات الدفع، تستخدم كأداة وفاء وائتمان في الوقت نفسه، فهي تتيح لحاملها الحصول على السلع والخدمات فور إظهارها، كما تتيح له الدفع الآجل لقيمة تلك السلع والخدمات للمصرف المصدِر لتلك البطاقة.

فالائتمان المتولِّد عن استخدام هذه البطاقة يعد دَيناً متجدداً على صاحبها؛ أي إن صاحب البطاقة غيرُ ملزم بدفع قيمة الفاتورة المرسلة إلى المصرف في كل شهر، بل هو ملزم بدفع جزء منها فقط ـ حسب الاتفاق بينه وبين المصرف ـ والباقي يعد دَيناً في ذمته، كما إنه يكون ملزماً بدفع فوائد على هذا التأخير في الدفع، وتحسب الفوائد بصفة يومية على المبالغ المعلَّقة، وهذه الفوائد هي التي تحقق للمصارف دخلاً مجزياً؛ لأن نسبتها تصل ـ غالباً ـ إلى ضعف نسبة الفائدة على القروض المصرفية العادية.

وتعد هذه البطاقة هي الأكثر انتشاراً في العالم، وبخاصة في الدول المتقدمة، ومن هذه البطاقات: فيزا، وماستر كارد، وأمريكان أكسبرس، وغيرها.

ثانياً: تقسم بطاقات الائتمان باعتبار ملاحظة أخذ رسوم في مقابلها إلى:

١ ـ بطاقات يؤخذ رسوم اشتراك في مقابلها.

٢ ـ بطاقات لا يؤخذ رسوم اشتراك في مقابلها.

ولعل هذا التقسيم كان نتيجة العرف السائد من حجز مبلغ في المصرف



يساوي المبلغ المسموح به كحد أعلى للبطاقة، أو إن المصرف يشترط دفع رسم اشتراك سنوي، ولكن ـ نتيجة المنافسة الكبرى والشديدة بين المصارف على اجتذاب العملاء ـ تم في بعض المصارف إلغاء مبلغ التأمين (رسم الاشتراك) وصارت الكفالة الشخصية الاعتبارية كافية[(١)].

ثالثاً: كما إن بطاقات الائتمان يمكن أن تقسم إلى:

١ ـ نوع قد ينطوي على قرض ربوي، شهري أو غير محدد الأجل، كما هو حال البطاقة العادية والبطاقة القرضية.

٢ ـ نوع لا ينطوي على قرض، بحيث إن المصرف يسدِّد للمنشأة قيمة الفواتير من حساب العميل المفتوح لديه، فور تسلمها من المنشأة[(٢)].

رابعاً: كما تقسم بطاقات الائتمان حسب امتيازها ومستويات الخدمة التي تقدمها إلى[(٣)]:

١ ـ البطاقات التقليدية، وتسمى (الفضية أو العادية أو الكلاسيكية):

وهي التي لا يتجاوز فيها القرض الممنوح لحاملها حداً أعلى، كعشرة آلاف دولار مثلاً، فهي ذات حدود ائتمانية منخفضة نسبياً، وتمنح لأغلب العملاء عند انطباق الحد الأدنى من المتطلبات عليهم، وتوفر هذه البطاقة جميع أنواع

---

(١) انظر: بطاقات الائتمان بالبنوك السعودية، د. وديع أحمد فاضل كابلي، ص٤٤، بحث في مجلة عالم الاقتصاد، السنة الرابعة، العدد: ٤٣، (جدة: أغسطس/آب، ١٩٩٥م).

(٢) انظر: الخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري، ص٥٦٦.

(٣) انظر: البطاقات اللدائنية، د. محمد العصيمي، ص١١٠، ١١٩، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٤هـ)؛ وبطاقات الائتمان، د. الزحيلي، ص٥٤٤؛ والخدمات المصرفية، د. علاء الدين زعتري، ص٥٦٦؛ والشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، لمحمود عبد الكريم أحمد إرشيد، ص١٨٢، ١٨٣؛ وبطاقات الائتمان، لحسن الجواهري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/ ٢/ ٦١٠؛ وبطاقات الائتمان، د. نزيه حماد، ص١٤٣، بحث في كتابه قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، (دمشق دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ).





الخدمات المتوفرة من قبل منظمة (الفيزا)، كالسحب النقدي من البنوك أو أجهزة الصرف الآلي أو الشراء من التجار[١].

وهذا الصنف قسمان[٢]:

القسم الأول: البطاقات المضمونة أو المؤمّنة: وهي بطاقات ائتمان بنكية يشترط للحصول عليه وجود حساب دائن لحاملها في البنك يكون ضماناً لمصداقية العميل حامل البطاقة في الدفع. وليس معنى ذلك أن يخصم البنك مستحقاته من هذا الحساب مباشرة، بل يرجع البنك له في حال عدم دفع العميل.

القسم الثاني: البطاقات غير المضمونة أو غير المؤمّنة: وهي بطاقات ائتمان لا يشترط على حاملها وضع أي حساب دائن في البنك. وهذا الصنف هو الأعم الغالب في البطاقات الائتمانية، وإليه ينصرف اسم البطاقات الائتمانية عند الإطلاق.

٢ ـ البطاقات الممتازة، وتسمى (الذهبية): «وهي التي يوفر البنك لحاملها مستوى من الخدمات أعلى بكثير من الخدمات الاعتيادية التي يقدمها في البطاقة العادية، ويدخل في ذلك على وجه الخصوص الحد الأعلى للسحب النقدي اليومي والشهري، والحد الأعلى للمشتروات الشهرية»[٣]، مثل: بطاقة أمريكان إكسبرس، التي تمنح للأثرياء، مع دفع رسوم باهظة، وهي التي تشتمل على إقراض عادي، وإقراض كبير، وتأمين ضد الحوادث، وتعويض مجاني عن فقدانها، وتخفيضات في الفنادق، واستئجار السيارات، وتقديم شيكات سياحية من دون عمولة، وأولوية الحجز في مكاتب السفر والفنادق والحصول على استشارات طبية وقانونية، وأمثلتها: الفيزا، والماستر كارد، والداينرز كارد، والأمريكان إكسبرس، وهي الأكثر رواجاً في عصرنا،

---

(١) انظر: بطاقات الائتمان المصرفية والتكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي، إعداد: مركز تطوير الخدمات المصرفية ـ بيت التمويل الكويتي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: السابع ١/ ٤٥٤.

(٢) انظر: البطاقات اللدائنية، د. محمد العصيمي، ص١١٨، ١١٩.

(٣) المصدر نفسه، ص١١٩.



وهي أنواع ثلاثة: الخضراء، والذهبية، والماسية(١).

٣ ـ بطاقات الصفوة، وتسمى في بعض البنوك بـ(البلاتينية أو بطاقات رجال الأعمال): «وهي التي تصدر حاملة لأقصى ما يستطيع البنك تقديمه من خدمات لحامل بطاقة ما. ويدخل في الخدمات التي تقدمها مثل هذا النوع من البطاقات خدمات ليست أصلاً من صميم عمل البنوك، كحجوزات الطيران والمسارح والفنادق والمطاعم»(٢).

ويحسن التنبيه إلى بعض الملحوظات(٣):

أولاً: إن بعض شروط هذه البطاقات ومزاياها الممنوحة لأصحابها يتغير مع الوقت أحياناً لدواعٍ مختلفة أهمها التطور التقني في الاتصالات بين البنوك التجارية وشبكات الربطِ المالي.

ثانياً: إن التعامل الجيد من قبل حاملها، وذلك بالسداد المستمر في الأجل المضروب يجعل البنك قادراً على رفع المزايا التي تقدم له عن طريق البطاقة حسب طلبه، وأحياناً حتى بدون أن يطلب.

ثالثاً: إن من الممكن أن تختلف مزايا النوع الواحد ذي الاسم الواحد تبعاً للبنك المصدر.

ففيزا الذهبية الممتازة الخاصة ببنك ما ليست مثل: فيزا الذهبية الممتازة الخاصة ببنك آخر، وإن كان لمنظمة فيزا شروط وأطر محددة للحد من المزايا التي يجب أن يوفرها البنك التجاري المصدر لبطاقة ذهبية ممتازة. بل إن من

---

(١) انظر: بطاقات الائتمان، د. الزحيلي، ص٥٤٣؛ وبطاقات الائتمان المصرفية والتكييف الشرعي المعمول به في بيت التمويل الكويتي، إعداد: مركز تطوير الخدمات المصرفية ـ بيت التمويل الكويتي، بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: السابع/١/٤٥٤؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٦٦؛ وبطاقات الائتمان غير المغطاة، د. نزيه حماد، ص١٤٣؛ والتكييف الشرعي لبطاقات الائتمان، لنواف باتوبارة، ص١٤٦.

(٢) البطاقات اللدائنية، د. العصيمي، ص١١٩.

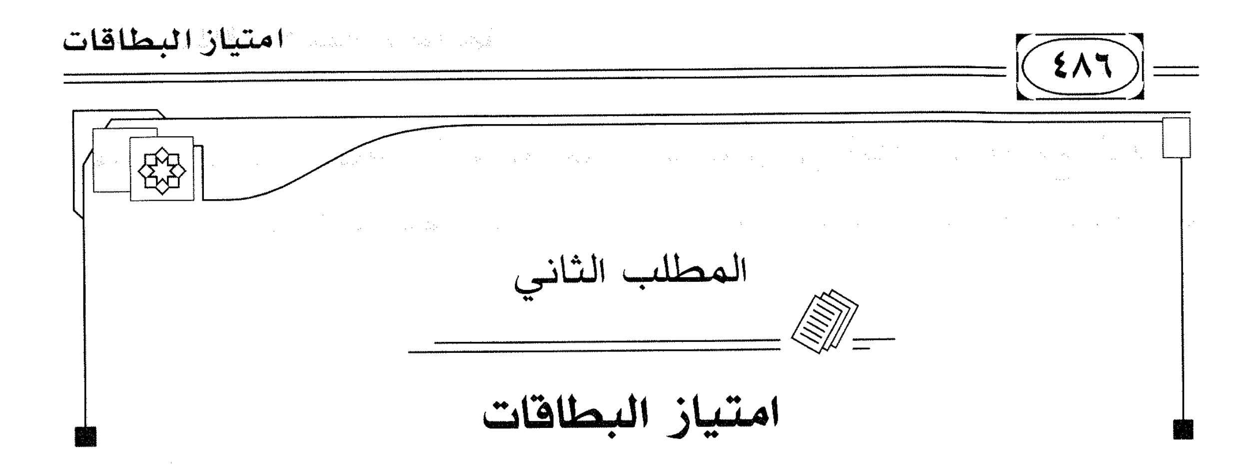
(٣) المصدر نفسه.



المعتاد أن تبدأ البطاقة الائتمانية لعميل بمستوى من المزايا يزداد مع الوقت، مما يجعل البطاقات المصدرة من نوع واحد ومن بنك واحد تختلف اختلافاً بيناً.







المطلب الثاني

امتياز البطاقات

للبطاقات أحكام عامة كثيرة ـ تناولها الباحثون في مصنفات متعددة ـ يهمنا من تلك الأحكام بيان جملة من مزايا البطاقات لحاملها، وذكر أنواع امتيازاتها، ومدى مشروعية تلك الامتيازات.

وسأتناول في ذلك ثلاث أنواع من البطاقات، هي:

أولاً: البطاقات الائتمانية.

ثانياً: بطاقات التخفيض.

ثالثاً: بطاقة الامتياز الصادرة عن مؤسسة رعاية الأمومة.

أولاً: البطاقات الائتمانية:

من أهم مزايا البطاقات الائتمانية ما يأتي[(١)]:

١ ـ مقدار الأمان الكبير الذي تتمتع به بالنسبة إلى النقود الورقية، وهو الذي يفسر ذلك التطور الجامح في استخدامها خاصة في البلدان غير الآمنة.

٢ ـ تعد البطاقة في يد صاحبها وسيلة دفع جاهزة، تقوم مقام الأثمان كوسيط في التبادل ومقياس لقيم الأشياء.

---

(١) انظر: الائتمان المولد على شكل بطاقة مع صيغة مقترحة لبطاقة ائتمانية خالية من المحظورات الشرعية، د. محمد القري بن عيد، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/٢/٥٨٥، ٥٨٦؛ وبطاقات الائتمان، د. الزحيلي، ص٥٤٦؛ والبطاقات اللدائنية، د. العصيمي، ص٢٠١ ـ ٢١١؛ والخدمات المصرفية، د. زعتري، ص٥٦٨ ـ ٥٦٩؛ والشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، لمحمود عبد الكريم إرشيد، ص١٨٢.

٣ ـ تمكن حاملها من شراء ما يريد في أي وقت شاء، حتى ولو في ظروف مفاجئة لم يستعد لها بحمل ما يقابلها من الأموال.

٤ ـ تيسر لحاملها السداد بأي عملة كانت.

٥ ـ الحصول على النقود على سبيل الاقتراض من المصدِّر (المصرف، أو من آلات الصرف الآلي)، وذلك لشراء الحاجات التي لا يقبل بائعوها العمل بالبطاقة.

٦ ـ الاحتفاظ بحسابات منتظمة، فالبطاقة وسيلةُ محاسبةٍ وضبطٍ للمصاريف، وتوثيق لسداد المطالبات.

٧ ـ قد يلتزم التاجر بتخفيض ثمن السلعة لحامل البطاقة عن السعر السائد في السوق، حسب الالتزام مع الجهة المصدرة للبطاقة.

٨ ـ التقسيط المريح.

٩ ـ تقدم البطاقة لحاملها حمايةً في حال كون السلعة غير مستوفية للمواصفات؛ لأن بإمكانه الامتناع عن الدفع إلى مصدر البطاقة، وقد أعطت بعض القوانين مدة ستين يوماً للاعتراض على محتويات السلعة.

١٠ ـ تعطي بطاقة الائتمان لحاملها الحصول على منفعة أدبية: كالمباهاة بها؛ لأن الحصول على البطاقة، كثيراً ما يرتبط بشروط لا تتوفر لدى كثير من الناس.

١١ ـ إن بعض البطاقات تمنح صاحبها امتيازات خاصة:

وهذه الامتيازات منها الجائز، ومنها المحرم، ولعلي أكتفي بضرب أربعة أمثلة لذلك:

أ ـ الخصم أو الزيادة في سعر الشراء بالبطاقة:

من مزايا كثير من البطاقات الائتمانية وبطاقات السفر والترفيه وبعض البطاقات الصادرة من محلات تجارية أنها تعطي حاملها الفرصة للحصول على بعض السلع والخدمات بأسعار مخفضة، مثل تخفيض أسعار السكنى في الفنادق العالمية الكبرى، وخفض قيمة تأجير السيارات من الشركات المعروفة عالمياً وغير ذلك من السلع والخدمات، ومن هذا ما تقوم به الشركات



المصدرة لبطاقات القيمة المخزنة من بيع البطاقة بثمن أقل من المبلغ الذي تحتويه[(١)].

وهذا الخصم إنما يتحمله التاجر برضاه ورغبته، حيث يهدف من ورائه إلى ترويج بضاعته وزيادة مبيعاته، وإغراء أكبر عدد من الزبائن بشرائها.

وهذا الخصم أو الحطيطة عبارة عن تخفيض في ثمن السلعة (أو المنفعة أو الخدمة)، والثمن في تلك المعاوضة إنما هو الصافي بعد الخصم، ولا حرج في ذلك شرعاً؛ لأن من حق البائع أن يبيع بالثمن الذي يتفق عليه مع المشتري ويتراضيان به، ولا فرق بين أن يعقد البيع بمائة ابتداءً، أو بمائة وعشرين مع حطيطة عشرين[(٢)].

كذلك تطلب بعض المحلات التجارية من حامل البطاقة ثمناً أعلى من السعر النقدي إذا أراد الدفع بها، أو أن يحرمه من خصم معلن عنه، وغرضُ التاجر من ذلك تعويض الحسم الذي يعطيه لمصدر البطاقة من قيمة فواتير الشراء.

ولا حرج شرعاً في ذلك؛ إذ المشتري بالخيار لإحدى البيعتين: بين أن يختار الدفع نقداً بثمن أقل، أو الدفع بالبطاقة بثمن أعلى، وما يختاره يقع عليه التراضي، الذي هو الأساس في صحة العقود ومشروعيتها[(٣)].

ب ـ ومن تلك الامتيازات، الجوائز والهدايا:

يمنح بعض مصدري بطاقات الائتمان جوائز وهدايا لعملائهم من حملة

---

(١) انظر: البطاقات اللدائنية، د. العصيمي، ص٢٠٤.

(٢) انظر: بطاقة الائتمان ـ دراسة شرعية عملية موجزة ـ، د. رفيق المصري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: السابع/١/ ٤١٠؛ وبطاقة الائتمان، لحسن الجواهري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/ ٢/ ٦٣٢؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، لنواف باتوبارة، ص١٩٠، ١٩١.

(٣) انظر: بطاقات الائتمان غير المغطاة، د. نزيه حماد، ص١٥٨؛ ومناقشة موضوع بطاقات الائتمان، د. عبد الستار أبو غدة، في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع ١/ ٦٦٠.

البطاقات لمناسبات مختلفة، منها: انضمامهم لعضوية البطاقة، أو تقديمهم لعملاء جدد، أو لانتظامهم في السداد(١).

ولا حرج شرعاً في هذه الجوائز والهدايا إذا كانت على سبيل التبرع، من مصدر البطاقة بقصد ترويج البطاقة وتشجيع استخدامها، دون اشتراط ذلك عليه؛ لأنها تبرع من الكفيل للمكفول عن طيب نفسه، وليس فيها معنى الربا ولا شبهته ولا ذرائعه(٢).

أما إذا كانت الهدية المقدمة محرمة في ذاتها أو تؤدي إلى محرم، فإنه لا يجوز منح امتيازها للعميل.

ج ـ ومن تلك الامتيازات، التأمين في بطاقات الائتمان:

تقدم بعض بطاقات الائتمان عند استخدامها في شراء تذاكر سفر تأميناً تجارياً ضمنياً على الحياة أو ضد الحوادث يصل أحياناً إلى (١٠٠,٠٠٠) دولار أمريكي(٣).

وهذا التأمين الذي يستفيد من منحِ امتيازِه العميل حامل البطاقة، يُعد تأميناً تجارياً حقيقتُه معاوضة مالية تنطوي على غرر فاحش في المعقود عليه أصالة؛ ولأنه مُقابَلٌ بجزء من الاشتراك السنوي، وهذا جائز عند بعض الفقهاء المعاصرين الذين أجازوا التأمين التجاري، وإذا أمكن تعديله بحيث يصبح تأميناً تعاونياً بلا أرباح، جاز عند عدد أكبر من الفقهاء المعاصرين، يضم الفقهاء الذين أجازوا التأمين التعاوني بالإضافة إلى الذين أجازوا التأمين التجاري.

وإذا لم يمكن تعديله، أمكن إلغاؤه في مقابِل تخفيف مبلغ الاشتراك السنوي في البطاقة، بمقدار الجزء المقابل للتأمين(٤).

---

(١) انظر: بطاقة الائتمان، لحسن الجواهري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/ ٢/ ٦٣٠؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، لنواف باتوبارة، ص١٩٢.

(٢) انظر: بطاقات الائتمان غير المغطاة، د. نزيه حماد، ص١٥٩.

(٣) انظر: المصدر نفسه؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، ص١٩١.

(٤) انظر: بطاقة الائتمان ـ دراسة شرعية عملية موجزة ـ، د. رفيق المصري، بحث في =

بينما جعل بعضهم(١) هذا التأمين تابعاً لاتفاقية الإصدار؛ أي تابعاً للمقصود في تلك المعاقدة وليس مفرداً في الأصل، ومن المقرر فقهاً أن الغرر مغتفر في عقود المعاوضات المالية إذا وقع في التوابع، وقد جاء في القواعد الفقهية: «يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها»(٢).

د ـ ومن تلك الامتيازات، الأولوية في الحصول على الخدمات:

فيجوز منح حامل البطاقة امتيازات الأولوية في الحصول على الخدمات في الفنادق والمطاعم وشركات الطيران والخدمات القانونية ونحو ذلك، إذ لا مانع منها شرعاً(٣).

ثانياً: بطاقات التخفيض:

من أنواع بطاقات الامتياز (بطاقات التخفيض)(٤):

وهو حسم من أثمان السلع والخدمات تمنحه جهات التخفيض للمستهلك الذي يحمل بطاقة تخفيضية.

وبطاقة التخفيض عبارة عن رقعة صغيرة من البلاستيك أو غيره يكتب عليها اسم المستفيد، تمنح صاحبها حسماً من أسعار سلع وخدمات مؤسسات وشركات محددة مدة صلاحية البطاقة.

وبالنظر إلى هذه البطاقات المستعملة في الأسواق يتبين أنها قسمان:

= مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: السابع/١/٤١٠، ٤١١.

(١) انظر: بطاقات الائتمان غير المغطاة، د. نزيه حماد، ص١٥٩.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية، ص١٣، م: ٥٤؛ والغرر وأثره في العقود، د. الصديق الضرير، ص٥٩٤ وما بعدها؛ وبطاقة الائتمان، لحسن الجواهري، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد: الثامن/٢/٦٣١، ٦٣٢.

(٣) انظر: بطاقات الائتمان، د. الزحيلي، ص٥٤٦.

(٤) انظر: الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، لخالد بن عبد الله المصلح، ص١٦٢ ـ ١٦٧، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٠هـ)؛ والتكييف الشرعي لبطاقة الائتمان، لنواف باتوبارة، ص١٥٠، ١٥١؛ وبطاقة التخفيض ـ حقيقتها التجارية وأحكامها الشرعية، بكر بن عبد الله أبو زيد، ٩ ـ ٢١، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م).

الأول: بطاقات تخفيض مستقلة.

الثاني: بطاقات تخفيض تابعة.

○ القسم الأول: بطاقات التخفيض المستقلة:

وهي عبارة عن رقع من البلاستيك غالباً لا يستعملها حاملها إلا في الحصول على حسم من أسعار السلع والخدمات فقط.

وهذا القسم صنفان:

الأول: بطاقات التخفيض العامة.

الثاني: بطاقات التخفيض الخاصة.

الصنف الأول: بطاقات التخفيض العامة:

وهي التي تمنح صاحبها حسماً من أسعار السلع والخدمات لدى مجموعة من الشركات والمؤسسات والمراكز التجارية كالمستشفيات، والمستوصفات، والفنادق، والمطاعم، ومعارض الألبسة، والمفروشات، والسيارات، ومراكز الخدمات، والصيانة، ومكاتب السفر والسياحة، ومكاتب تأجير السيارات، وغيرها.

وقد تكون هذه البطاقات خاصة ببعض المناشط التجارية كالبطاقات الصحية التي تمنح صاحبها حسماً لدى المستشفيات والعيادات التجارية، أو بطاقات السفر كالبطاقة الممتازة (الذهبية) التي تمنح صاحبها حسماً لدى الفنادق وشركات تأجير السيارات.

الصنف الثاني: بطاقات التخفيض الخاصة:

وهي بطاقات تصدرها بعض المؤسسات والشركات التجارية تمنح صاحبها حسماً على جميع سلعها وخدماتها في جميع فروعها ومعارضها.

وهذه البطاقات تمنحها الشركات والمؤسسات التجارية عملاءها؛ إما عن طريق دفع المستهلك (اشتراكاً سنوياً قدره ١٠٠ ريال)، أو عن طريق تحديد قدر معين من ثمن المشتريات مَنْ بَلَغَهُ خلال فترة زمنية معينة أعطيت له بطاقة التخفيض مجاناً.

○ القسم الثاني: بطاقات التخفيض التابعة:

تصدر هذه البطاقات تبعاً لإصدار بطاقة تجارية أخرى. يستفيد منها العميل في تخفيض ثمن السلع والخدمات لدى مجموعة من الشركات والمؤسسات والمحال التجارية، أو لدى الجهة المصدرة للبطاقة فقط.

فعلى سبيل المثال: روَّج كثير من البنوك والمؤسسات المالية للبطاقات الائتمانية الصادرة عنها بإصدار بطاقة تخفيض تابعة تمنح العميل امتيازاً في الاشتراك مع إحدى الشركات العالمية للتخفيض كبرنامج المسافر الدولي التابع لاتحاد ركاب الخطوط الدولية (IAPA)، أو اتحاد مسافري الأعمال (ABT).

وإصدار هذه البطاقة التخفيضية التابعة له صورتان: بطاقة مجانية، وبطاقة لها ثمن.

حكم هذه البطاقات:

أما بطاقات التخفيض العامة فتشتمل على عدة محاذير شرعية تجعلها في سلك المعاملات المحرمة، ويتضح ذلك فيما يأتي:

١ ـ إن هذا النوع من البطاقات التخفيضية فيه جهالة وغرر كبيران في جميع أطرافها، إذ لا يُعلم حصول المقصود من العقد، ولا تُعرف حقيقته ومقداره، فالمشاركون في برنامج هذا النوع من بطاقات التخفيض تدور حالهم بين الغرم والغنم الناشئين عن المخاطرة، والغرر المحض، فهي داخلة في الميسر المحرم المذكور في قول الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾﴾ [المائدة: ٩٠].

وهي أيضاً داخلة في نهي النبي ﷺ عن بيع الغرر[(١)].

٢ ـ إن في هذه المعاملة أكلاً للمال بالباطل، فجهة الإصدار تتقاضى رسماً أو اشتراكاً سنوياً من المستهلك، ومن جهة التخفيض في بعض الصور

---

(١) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر، برقم: ١٥١٣.



دون أن تقوم بعمل في مقابل ذلك، والله تعالى قد نهى عن ذلك، فقال: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

٣ ـ إن هذه المعاملة كثيراً ما يكون فيها تغرير وخداع وفرصة لابتزاز الأموال بدون حق. فالتخفيضات التي يوعد بها المستهلك المشترك في برنامج التخفيضات غالباً ما تكون تخفيضات وهمية غير حقيقية(١).

أما بطاقات التخفيض الخاصة، فيختلف حكمها بناء على طريقة الحصول عليها، هل حصلت باشتراك أو مجاناً؟

فإن حصلت بالاشتراك السنوي أو بالرسم، فإنها تتفق مع البطاقات التخفيضية العامة في بعض المحاذير الشرعية التي تدخلها ضمن المعاملات المحرمة.

وأما إذا منحت مجاناً للمستهلكين مكافأة لهم على التعامل، أو تشجيعاً عليه، فهي جائزة، لا محذور فيها، فالأصل في المعاملات الحل والإباحة ما لم يقم دليل مانع، وليس هناك ما يمنع هذه البطاقات.

أما بطاقات التخفيض التابعة، فيختلف حكمها باختلاف البطاقة الأصلية، فإذا كانت البطاقة الأصلية محرمة، فإن التحريم ينجر إلى البطاقة التابعة.

أما إن كانت البطاقة التابعة مباحة، فيبقى النظر إلى أن هذه البطاقة التابعة، إما أن يكون لها ثمن مفرد مستقل، أو لا.

فإن كان لتحصيل هذه البطاقة التخفيضية ثمن، فإن حكمها التحريم؛ لاشتمالها على المحاذير التي سبق ذكرها في بطاقة التخفيض العامة.

أما إن كانت هذه البطاقة التابعة لا ثمن لها، فهي حينئذٍ زيادة من بائع البطاقة الأصلية، وهي جائزة لا حرج فيها، وكونها قد تشتمل على غرر، فالغرر معفو عنه في عقود التبرعات(٢).

---

(١) وهناك أدلة أخرى تبين حرمة مثل هذا النوع من بطاقات التخفيض؛ انظر: الحوافز التجارية التسويقية، لخالد المصلح، ص١٩٠ ـ ١٩٢.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٦/٢٤٣، ٢٤٤؛ والإنصاف مع الشرح الكبير ١٧/٤٤، ٤٥؛ =



ثالثاً: بطاقة الامتياز الصادرة عن مؤسسة رعاية الأمومة:

هذه البطاقة يتمثل امتيازها في أنها تميز العميل وتجعله صاحب مكانة خاصة لدى جميع محلات التاجر في عموم الدول أو في دولة خاصة.

وتؤهل بطاقة الامتياز هذه العميل لمجموعة واسعة من الفوائد، والتي تشمل فرصة الحصول على نقاط الامتياز واستبدالها بقسائم تسوق مجانية.

وبمجرد إبراز العميل لبطاقة الامتياز كلما تسوق في أي من محلات التاجر سيحصل على نقاط الامتياز، وسيحصل على نقطة امتياز واحدة مقابل كل عشرة ريالات مثلاً، وليس هناك حدٌّ أدنى للشراء، فعندما ينفق (٦٠) ريالاً سيحصل على (٦) نقاط امتياز، وعندما ينفق (٨٥) ريالاً سيحصل على (٨،٥)، كل نقطة امتياز يحصل عليها تعادل قيمتها من الريال وهكذا.

وترسل نقاط الامتياز الخاصة بالعميل على صورة قسائم تسوق مجانية. ويحصل العميل على قسيمة شراء بقيمة معينة عن كل مجموعة لنقاط الامتياز، كأن تكون قيمة القسيمة (٥٠) ريالاً، وذلك مقابل (٥٠٠) نقطة امتياز.

ثم يقوم العميل بشراء أي بضاعة يختارها في أي من محلات التاجر التابعة له.

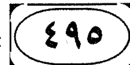
كما أن حامل هذه البطاقة يتمتع بميزات أخرى كالدعوة لحضور النشاطات المتنوعة داخل محلات التاجر، وإعطائه الأولوية والتخفيض في الفنادق والمطاعم ونحو ذلك.

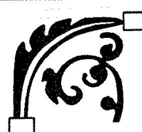
وهذا النوع من بطاقة الامتياز يجري عليه ما تقدم الكلام عنه في بطاقة التخفيض. والله أعلم.

= ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣١/ ٢٧٠، ٢٧١؛ وإعلام الموقعين ٢/ ٩.











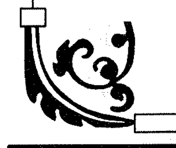
المبحث التاسع

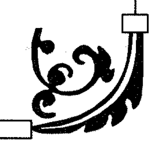
امتياز المرافق العامة

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف المرفق العام وخصائصه وأقسامه ونظامه القانوني وطرق إدارته.

المطلب الثاني: حقيقة عقد البوت B.O.T.









المبحث التاسع

امتياز المرافق العامة

يعد عقد امتياز المرافق العامة عقداً إدارياً[١]، لذلك فهو يخضع للقواعد والأحكام التي وضعها نظامها الإداري في مجال العقود الإدارية[٢].

ومن المعلوم أن إنشاء مشروعات المرافق العامة يقوم على **منح امتيازات** من جانب الحكومة للقيام بمثل هذه المشروعات سواء لبناء الهياكل الأساسية أو لتوسيعها أو لتطويرها وتحسين الخدمة والمنافع المقدمة من خلالها[٣].

---

(١) انظر: دروس في القانون الإداري، د. عبد الفتاح حسن، ص١٩٩، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ط بدون، ١٣٩٤هـ).

(٢) إن عملية تنظيم وإدارة المرفق وحق تسييره هي من وسائل تحقيق المصلحة العامة في نطاق وظيفة الدولة الإدارية التي تتمثل في توفير السلع والخدمات العامة اللازمة لإشباع الحاجات العامة للمواطنين بانتظام واطراد، وفي نطاق مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين جميع المنتفعين.
ولا يمكن للحياة العامة في المجتمع أن تسير وتشبع الحاجات إلا من خلال ضمان حسن تسيير وتنظيم المرافق العامة في الدولة، ولكي تنضبط وتحكم عملية تنظيم المرفق العام بصورة رشيدة، فقد أقر القضاء الإداري في القانون المقارن ثلاثة مبادئ قانونية تحكم عملية تنظيم وتسيير المرافق العامة، وهي:
١ ـ مبدأ حق سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
٢ ـ مبدأ قابلية المرافق العامة للتبدل والتغير بتغيير الظروف.
٣ ـ مبدأ المساواة بين جميع المنتفعين بخدمات المرافق العامة في الدولة.
انظر: النظام القانوني لمشروعات البوت، د. صالح الطيار، ص٣١؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٤٦ ـ ١٥٠.

(٣) انظر: مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن أحمد الخضيري، ص٣٥، بحث ضمن كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم.

وتمثل مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص أحد المداخل الرئيسة لتنمية صناعة المقاولات والتشييد، التي يتم بها إنشاء العديد من المشروعات التمويلية المتلاحقة التي تضمن لشركات المقاولات وجود عمليات دائمة ومستمرة، وتضمن لها عائد ودخل مرتفع، فضلاً عن قدرتها على التطوير والتنمية المستمرة، والتوسع والانتشار، وفي الوقت ذاته مخرجاً مناسباً من الركود والانكماش لتحقيق الرواج والانتعاش.

وهي أيضاً تمثل للحكومة مجالاً خصباً يوفر لها الموارد النادرة، ويساعدها على إقامة مشروعات البنية الأساسية والمرافق الهيكلية، ويزيد من طاقاتها الاستيعابية، كما أن هذه المشروعات توفر للبنوك فرص تمويل واستثمار مناسبة ذات قدرة على السداد مناسبة(١).

وتعتبر مشروعات حق الامتياز بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بمثابة عقود انتفاع ببناء وإدارة مشروعات مرافق عامة لفترة مؤقتة يحصل من خلالها المنتفع على إيرادات التشغيل، ويتحمل جميع النفقات المتعلقة بالمشروع، ومن ثم فإن عائد المخاطرة يصبح من نصيبه وقت فترة الامتياز، وذلك في ضوء الضوابط التي تضعها الدولة لحماية المصالح العليا للمجتمع والمواطنين والمشروعات أو الجهات التي تنتفع بما يقدمه المشروع من خدمات خلال تلك الفترة(٢).

وقد شهد عقد الثمانينات اتجاهاً اقتصادياً عالمياً جديداً، وجد مساندة قوية من جانب مجموعة البنك الدولي، تمثل في الدعوة إلى ضرورة تطبيق برامج الخصخصة وإزالة القيود الاقتصادية، والحد من دور الدولة في الاقتصاد، وتطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية.

---

(١) انظر: مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن الخضيري، ص٤٦.

(٢) انظر: ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات البوت، د. حمدي عبد العظيم، ص١١٧، بحث ضمن كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم.

ويُعَدُّ نموذج البوت (B.O.T) أحد الآليات التي لاقت قبولاً وتأييداً في العديد من الدول كآلية لزيادة الكفاءة من ناحية، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى.

وقد لجأت الحكومات إلى إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في مشروعات البنية الأساسية مع المستثمرين من القطاع الخاص المحلي والأجنبي كوسيلة لتنمية البنية الأساسية دون الحاجة لتحميل الموازنة العامة أعباء مالية إضافية بما يعني تفادي زيادة الدين العام للدولة، ورفع جدارتها الائتمانية مع توفير إدارة جيدة، وتشغيل كفء وتقنيات حديثة لتنفيذ تلك المشروعات[١].

يتضح مما سبق أن عقد البوت، هو عقد إداري لإنشاء وإدارة أحد المرافق العامة لمدة معينة ثم نقل ملكيته للدولة في آخر مدة الامتياز، وهو ما يقتضي تعريف المرفق العام محل هذا العقد، وخصائصه، وأقسامه، ونظامه القانوني، وطرق إدارة المرافق العامة، وموضع عقد البوت منها، وبيان حقيقته وكيفية إبرامه، وأطرافه، ونشأته وطبيعته، وبيان منافعه وعيوبه، وآثاره ـ على وجه الجملة ـ وذلك وفقاً **للمطلبين الآتيين**:

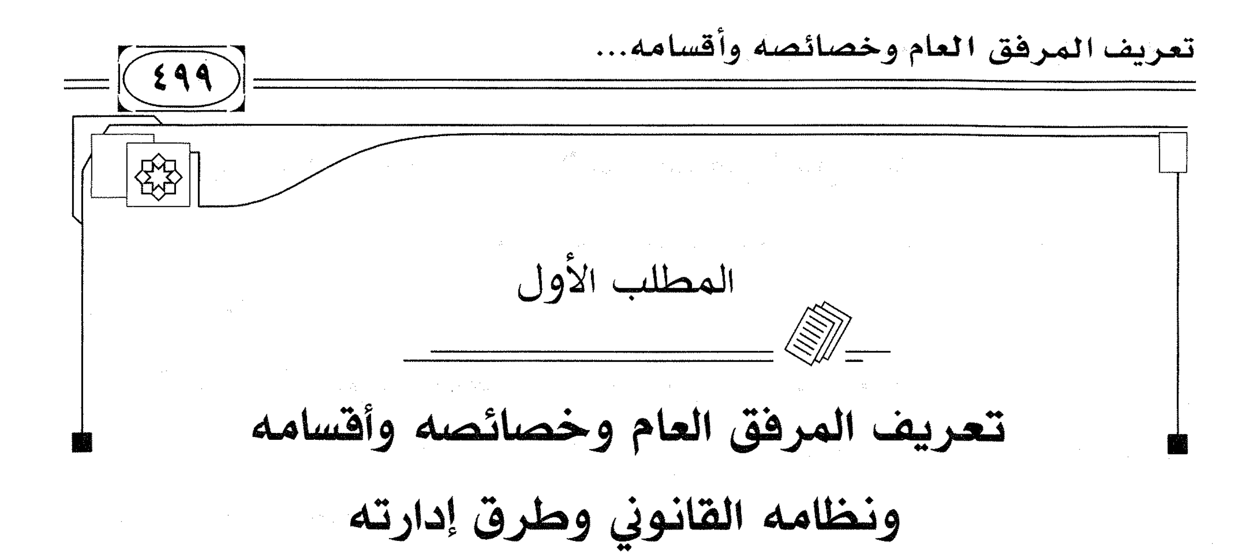
المطلب الأول: تعريف المرفق العام وخصائصه وأقسامه ونظامه القانوني وطرق إدارته.

المطلب الثاني: حقيقة عقد البوت B.O.T.

---

(١) انظر: خدمات مصرفية جديدة ـ نظام B.O.T إعداد: الإدارة العامة للبحوث الاقتصادية في البنك الأهلي المصري، ص٥٥، ٥٦.





المطلب الأول

تعريف المرفق العام وخصائصه وأقسامه ونظامه القانوني وطرق إدارته

المسألة الأولى: تعريف المرفق العام وخصائصه.

المسألة الثانية: أقسام المرفق العام ونظامه القانوني.

المسألة الثالثة: طرق إدارة المرفق العام.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

تعريف المرفق العام وخصائصه

يمكن **تعريف المرفق العام** بأنه: مشروع تقيمه جهة الحكومة أو تنظمه أو تشرف على إدارته، ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات عامة للجمهور، وذلك باستعمال وسائل القانون العام، مثل: مرافق الدفاع والأمن والعدالة والتعليم والصحة (وهي وظائف الدولة التقليدية)، ومرافق المياه والكهرباء والغاز والمواصلات والاتصالات...

(وهي وظائف الدولة الحديثة)[١].

---

(١) انظر: الوسيط د. السنهوري ٧/٢٦٩؛ وعقود البوت وتكييفها القانوني، للمستشار: محمود محمد فهمي، ص٦٥؛ ونظرة عامة في عقود البوت ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية ـ، لإبراهيم ذكي، ص٩٧، بحث في كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم.



ويتميز المرفق العام بأن له ثلاث خصائص تتمثل فيما يأتي[١]:

١ ـ أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام، كتوفير خدمة عامة أو سد حاجة عامة.

٢ ـ أن لا يكون المقصود أساساً من المرفق العام هو الحصول على الربح، وإنما سد الحاجة، وإن كان الربح غير مستبعد إذا أدير المرفق العام بواسطة القطاع الخاص.

٣ ـ أن تكون إدارة المرفق العام بمعرفة جهة إدارية أو إشرافها عليه، وهذه الجهة الإدارية قد تكون الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة.

أما عقد امتياز المرافق العامة:

فيعرف بأنه: «عقد إداري يتولى الملتزم ـ فرداً كان أو شركة ـ بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي، واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة»[٢].

ويجب التفريق بين امتياز المرافق العامة وبين التصرفات القانونية التي يطلق عليها في القانون (اسم امتياز) دون أن تربطها أي علاقة بإدارة المرافق العامة، كامتياز إصدار صحيفة، وامتياز التنقيب عن البترول، وامتياز التعدين، وامتياز استثمار المحاجر، فهذه الامتيازات تعني ترخيص الدولة باستغلال إحدى ثرواتها الطبيعية[٣].

(١) انظر: نظرة عامة في عقود البوت ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية ـ، لإبراهيم ذكي، ص٩٧؛ وعقود البوت وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٦.

(٢) القواعد المنظمة للعقود الإدارية، لعبد الله الوهيبي، ص٣٤.

(٣) انظر: القواعد المنظمة للعقود الإدارية، لعبد الله الوهيبي، ص٣٥.







* المسألة الثانية *

أقسام المرفق العام ونظامه القانوني

يمكن تقسيم المرافق العامة إلى قسمين رئيسين[(١)]:

القسم الأول: تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق وطنية، ومرافق إقليمية (أو بلدية).

فالمرافق القومية:

هي التي تؤدي خدمات عامة أو تسد حاجات عامة لجميع السكان دون حصر الخدمة في إقليم معين، مثل: مرافق الدفاع والأمن والعدالة والمواصلات...

وأما المرافق الإقليمية (أو البلدية)، فيختص بها إقليم معين أو بلدة معينة، مثل: أن يكون المرفق خاص بكهرباء بلدة معينة، أو مياه بلد معين...

القسم الثاني: تنقسم فيه المرافق العامة إلى مرافق إدارية بحتة، ومرافق تجارية، وهذا هو التقسيم الأهم.

فالمرافق الإدارية البحتة: هي المرافق التي تؤدي خدمات عامة غير ذات صفة تجارية، مثل: مرفق الدفاع والأمن والعدالة والصحة.

أما المرافق الاقتصادية: فهي مرافق تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية، مثل: مرفق المياه والكهرباء والغاز.

وهذا التقسيم هو الأهم، وتظهر أهمية هذا التقسيم في طريقة إدارة المرفق.

فالمرافق الإدارية البحتة تدار بطريقة الإدارة المباشرة بمعنى أن الدولة بذاتها، ومن خلال وزاراتها هي التي تديرها.

---

(١) انظر: الوسيط د. السنهوري ٧/ ٢٧٠، ٢٧١؛ ونظرة عامة في عقود البوت ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية ـ، لإبراهيم ذكي، ص٩٧، ٩٨؛ وعقود البوت وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٦، ٦٧.

وأما المرافق الاقتصادية فهي التي تسمح بطرق الإدارة المختلفة للمرفق العام، ومنها طريقة الإدارة بعقد التزام المرفق العام، وعقد البوت، شأن السكك الحديدية، والطيران، والمواصلات....

هذا ما يتعلق بأقسام المرفق العام.

أما النظام القانوني للمرفق:

فيمكن القول بأن للمرافق العامة نظاماً قانونياً يختلف عن الأنظمة المدنية يقوم على المبادئ الآتية[1]:

١ ـ الاستقرار العام: بمعنى الاستمرار والانتظام ومسايرة التطور.

٢ ـ المساواة التامة في الانتفاع: فتكون فرصة الانتفاع بخدمة المرفق العام لجميع المستهلكين متساوية.

٣ ـ يجب أن يكون المرفق العام والخدمة التي يقدمها في متناول من يحتاج إليه، فلا يحرم منه لارتفاع سعره.

٤ ـ تسري على المرافق العامة الإدارية قواعد خاصة بها، ليست هي قواعد القانون المدني، بل قواعد القانون الإداري، التي ترتكز أساساً على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وعلى تمتع جهة الإدارة فيه بسلطات استثنائية غير مقررة للأفراد أو الشركات من القطاع الخاص.

أما المرافق العامة ذات الصبغة الاقتصادية، فهي تدخل في نطاق القوانين المدنية والتجارية.

* المسألة الثالثة *

طرق إدارة المرفق العام

هناك خمسة طرق لإدارة المرفق العام، بحيث تتدرج هذه الطرق الخمس من ناحية تحمل تبعات الاستغلال المالي للمرفق، ومن ناحية مدى سيطرة

---

(١) انظر: الوسيط، د. السنهوري ٧/٢٧٣؛ ونظرة عامة في عقود البوت ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية ـ، لإبراهيم ذكي، ص٩٨، ٩٩؛ وعقود البوت وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٧؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٨٣.

الدولة على إدارة المرفق تدرجاً ملحوظاً، وفقاً لما يأتي[١]:

الطريقة الأولى:

هي طريقة الإدارة المباشرة، وفيها يتحمل الشخص الإداري كل الخسائر كما يستأثر بكل الأرباح الناشئة عن إدارة المرفق، وتستعين الدولة في إدارة المرفق بأموالها العامة وموظفيها، وتستخدم في ذلك وسائل القانون العام، ولا يكون للجهة الإدارية التي تدير المرفق أي استقلال مالي أو إداري عن الدولة.

الطريقة الثانية:

طريقة الإدارة بواسطة مؤسسة عامة، فالمؤسسة العامة هي التي تدير المرافق، وتتحمل كل الخسارة، وتستأثر بكل الربح، وهي شخص اعتباري عام يتمتع بشخصية معنوية، ولها ذمة مالية مستقلة عن الدولة.

الطريقة الثالثة:

طريقة الإدارة غير المباشرة، وفيها تعهد السلطة الإدارية إلى فرد أو شركة باستغلال المرفق، وإدارته لحسابها وليس لحسابه، وذلك مقابل عوض معلوم.

الطريقة الرابعة:

وهي طريقة الاستغلال المختلطة، وفيها تعهد السلطة الإدارية باستغلال المرفق وإدارته إلى شركة مختلطة تساهم فيها بمقدار معين من الأسهم، وتترك بقية الأسهم يكتتب فيها الأفراد والشركات الخاصة، وهذه الشركة المختلطة التي تساهم فيها السلطة الإدارية هي التي تقوم باستغلال المرفق وإدارته.

الطريقة الخامسة:

هي طريقة الإدارة بمنح امتياز المرفق العام لفرد أو شركة، فيقوم صاحب الامتياز بإنشاء المرفق على نفقته الخاصة وإدارته لمدة معينة، وطبقاً لشروط

---

(١) انظر: الوسيط، د. السنهوري ٧/ ٢٧٣ ـ ٢٧٩؛ ونظرة عامة في عقود البوت ـ البناء والتشغيل ونقل الملكية ـ، لإبراهيم ذكي، ص٩٩، ١٠٠؛ وعقود البوت وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٧ ـ ٦٩.

معينة، تضعها السلطة الإدارية، ويستأثر وحده بكل الربح، كما يتحمل وحده كل الخسارة.

وفي هذه الطرق الخمسة تتدرج تبعات الاستغلال المالي للمرفق تدرجاً ملحوظاً، ففي الطرق الثلاثة الأولى تتحمل السلطة الإدارية كل الخسارة وتستأثر بكل الربح، وفي الطريقة الرابعة تساهم السلطة الإدارية في الخسارة وفي الربح، وفي الطريقة الخامسة لا تتحمل خسارة ولا تجني ربحاً.

ولكن يلاحظ أن سلطة الدولة ورقابتها على حسن إدارة المرفق موجودة دائماً، ولكنها تتدرج من حيث الشدة والضعف بحسب الوسيلة التي تختارها لإدارة المرفق العام.

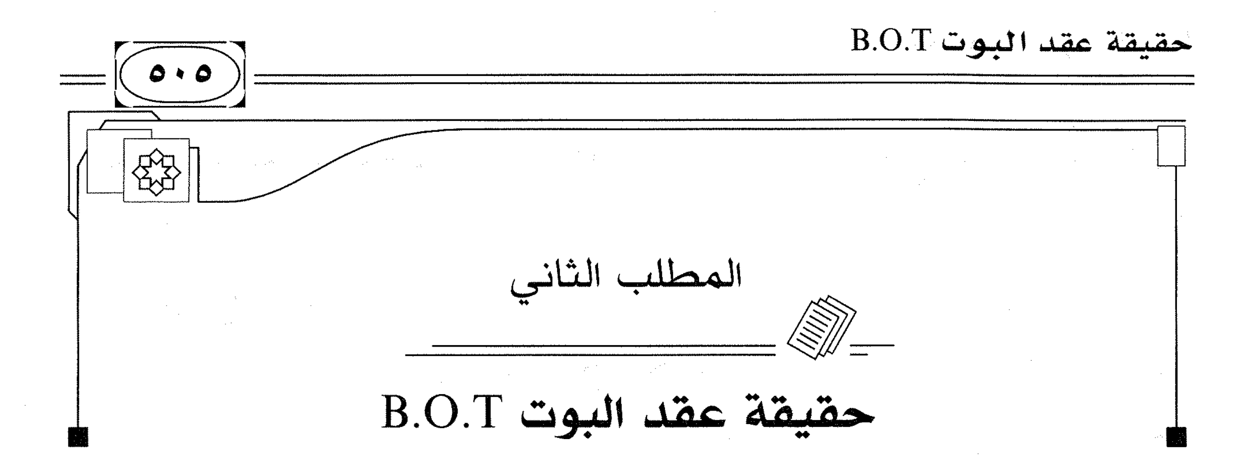
يتضح مما سبق أن الطريقة الخامسة من طرق إدارة المرفق العام، وهي عقد امتياز المرفق العام هي التي تتفق مع ما يطلق عليه حالياً نظام البوت B.O.T.

وتعتبر عقود البوت تطوراً حديثاً لعقود امتياز المرافق العامة، ومن ثم فإن القواعد التي تحكم عقد امتياز المرافق العامة تطبق على عقود البوت بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور فهي تمثل إطاراً عاماً لهذه العقود[1].

وهذا ما سيتم تناوله بالبحث والتوضيح ـ بإيجاز ـ في المطلب الآتي، والله أعلم.

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٧٦.





المطلب الثاني

حقيقة عقد البوت B.O.T

ويشتمل على سبع مسائل:

المسألة الأولى: تعريف عقد البوت والموازنة بينه وبين عقد الامتياز التقليدي.

المسألة الثانية: نشأة عقد البوت وطبيعته الخاصة.

المسألة الثالثة: أهمية عقد البوت.

المسألة الرابعة: صور عقد البوت.

المسألة الخامسة: عقد البوت بين المنافع والعيوب.

المسألة السادسة: آثار عقد البوت.

المسألة السابعة: واقع عقد البوت في المملكة العربية السعودية.

○ ○ ○ ○ ○

* المسألة الأولى *

تعريف عقد البوت والموازنة بينه وبين عقد الامتياز التقليدي

حروف البوت B.O.T، هي الحروف الأولى لثلاث مصطلحات إنجليزية، تعني:

البناء أو الإنشاء أو التشييد Build.

والتشغيل Operate.

ونقل الملكية Transfer.

وهذه المصطلحات الثلاثة تشير إلى المشروعات التي تمنحها الحكومة إلى القطاع الخاص بموجب عقد امتياز لبناء وتشغيل مشروع من مشروعات

البنية الأساسية، والحصول على عائداته، ومن ثم استرجاع ملكيته بعد انتهاء مدة العقد.

يوضح ذلك:

أن عقد البوت يعني: أن تمنح الحكومة أو إحدى الوزارات أو إحدى الجهات الإدارية امتيازاً حكومياً إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة ـ سواء كانت من القطاع العام أو من القطاع الخاص باتباع وسائل معينة ـ بإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمواصلات والمطارات والنقل والاتصالات... وذلك على حساب الشركة، وبنفقات من عندها (البناء أو الإنشاء Build) ثم تتولى هذه الشركة إدارته، وتؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة ـ وهي مدة الامتياز ـ بشروط معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها (وهذه هي إدارة التشغيل Operate)، ثم تنقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة (وهذا هو نقل الملكية Transfer)(١).

إذ يحق للجهة الإدارية التصرف في هذا المرفق وفقاً لما تراه من

---

(١) انظر: عقود البوت وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦١، ٦٢؛ ومشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن أحمد الخضيري، ص٢٥ ـ ٢٦؛ وخدمات مصرفية جديدة ـ نظام B.O.T، إعداد: الإدارة العامة للبحوث الاقتصادية في البنك الأهلي المصري، ص٥٦؛ والطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، د. جمال عثمان جبريل، ص٨٣، وهي بحوث مجموعة في كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٣٨؛ والعقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٧٥؛ والتوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي، لمدلين إلياس الربضي، ص٤٣، (جدة: الدار السعودية للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢١هـ)؛ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، ص١٢، وهو بحث قدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي في جامعة أم القرى؛ انظر: موقع جامعة أم القرى في الشبكة العنكبوتية الإنترنت، نافذة مؤتمرات، تاريخ الزيارة ٩/ ١١/ ١٤٢٦هـ.

اعتبارات، فقد ترى الدولة تجديد فترة الامتياز بشروط جديدة أفضل من ذي قبل، وقد ترى منح امتياز تشغيله إلى مستثمر آخر بشروط أفضل، كما يمكن للدولة بيع المشروع في إطار عملية الخصخصة أو الاحتفاظ بالملكية وخصخصة الإدارة.

ولا يحق للمستثمر في نهاية العقد المطالبة بتعويضات أو أي مقابل لإعادة المشروع وتسليمه إلى الحكومة(١).

العناصر الرئيسة لنظام البوت(٢):

١ ـ التشييد والبناء للمشروع أو المرفق، وذلك يتم بالتمويل من رأس مال المستثمر من القطاع الخاص، وبمقاولي الأعمال الذين يعهد إليهم بإنشاء المشروع، وكذا أحياناً باللجوء إلى مؤسسات التمويل العالمية للحصول على القروض اللازمة لتكمل رأس المال في تمويل المشروع.

٢ ـ التشغيل، وذلك يتم بواسطة شركة التشغيل للمشروع، وهي أيضاً من القطاع الخاص، التي يعهد إليها المستثمر بتشغيل طوال فترة الامتياز بموجب عقد التشغيل.

٣ ـ التسليم، وهو التزام قائم على المستثمر حتى تسليم المشروع في نهاية فترة الامتياز إلى الحكومة بدون مقابل وفي حالة جيدة.

النظام القانوني العام لمشاريع البوت:

يشتمل النظام القانوني لعقود مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T على إبرام عدد من العقود والاتفاقيات الدقيقة المفصلة ذات المستويات المتعددة يمكن تلخيصها في الآتي:

(١) انظر: عقود البناء والشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، د. حمدي عبد العظيم، ص١٢.

(٢) انظر: العقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٧٥؛ وللتوسع في بيان الهيكل التنظيمي لعقود البوت؛ انظر: مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن أحمد الخضيري، ص٢٦، ٣٦ ـ ٤٠.

١ ـ الاتفاقية الحكومية:

وتسمى اتفاقية الامتياز، وهي الاتفاقية التي تبرم بين الحكومة والشركة التي شكلها المستثمرون لإدارة المشروع، وهي اتفاقية امتياز للبناء والتشغيل متشعبة إلى ضمانات تحفظها الحكومة لشركة المشروع من حيث الرسوم المحصلة من المستفيدين، وحجم العملاء المستفيدين من الخدمة وسعر صرف العملة المحلية وخلاف ذلك.

٢ ـ الاتفاقية الداخلية للمشروع:

وتشمل اتفاقيتين رئيستين:

الأولى: اتفاقية الترويج للمشروع ويبرمها المروِّجون للمشروع بينهم، تحوي تفاصيل اتفاقية المشروع قبل تأسيس شركة المشروع.

الثانية: اتفاقية حقوق الملكية، وتبرم بين شركة المشروع والمساهمين في ملكيته من مقاولين ومستثمرين وغيرهم، وتشتمل على الهيكل التفصيلي لرأس المال وعلاقات المساهمين.

٣ ـ الاتفاقية الخارجية للمشروع:

وهي سلسلة من الاتفاقيات التي تبرمها شركة المشروع للاقتراض(١) وللأعمال الاستشارية وللبناء، وكذلك الاتفاقيات التي تأتي بعد قيام المشروع كاتفاقية المدخلات والمخرجات مع تجار المواد والمستفيدين من عملاء المشروع، واتفاقية التشغيل إن لم تقم شركة المشروع بتشغيله بنفسها(٢).

---

(١) يجب أن يلاحظ أن هذه المبالغ المقترضة تفرض عليها جهات التمويل المقرِضة فوائد ربوية، فهي من قبيل الربا المحرم سواء كان ذلك ربا الفضل أو ربا النسيئة. ولذا كان الواجب تجنب ذلك وتركه عن طريق بعض الصيغ الإسلامية المقترحة التي يمكن بواسطتها حصول شركات مشاريع البنية التحتية على التمويل بدون اللجوء إلى الاقتراض بربا، وسيأتي ذكر بعض تلك الصيغ في المسألة الرابعة المتعلقة بصور عقد البوت ـ إن شاء الله ـ.

(٢) انظر: مشاريع البناء ـ التشغيل ـ إعادة الملكية B.O.T والتجربة المبكرة لشركة الرياض للتعمير، د. خالد بن عبد الله الدغيثر، مدير عام شركة الرياض للتعمير، ص٥، ندوة =

وبالنظر في مثل هذه الاتفاقيات يتبين أنها من أنواع العقود المالية المركبة، والأصل في مثل هذه المعاملات المالية الحل والإباحة، ما لم يكن هذا التركيب مؤدٍ إلى محرم، كأن يؤدي الجمع بين عقدين إلى الربا، أو الغرر، أو الجهالة في الثمن أو المثمن، أو الظلم، أو الغبن، وأكل أموال الناس بالباطل، وغيرها من المحرمات، فإن التركيب في مثل هذه الحالة يكون محرماً.

ويدخل في ذلك ما إذا ترتب على التركيب توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور، ويدخل في ذلك ـ أيضاً ـ ما إذا كان العقدان متضادين في الأحكام والآثار، بحيث لا يمكن التركيب بينهما.

ويكون ما عدا ذلك من أنواع التركيب وحالاته التي لا يترتب عليها محرم، على أصل الإباحة في المعاملات المالية، كما في مثل اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بثمن واحد. وكذا اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محلين بثمنين. كما أنه يجوز اجتماع عقدين مختلفي الحكم في عقد واحد على محل واحد بعوض واحد إذا كان ذلك في وقتين(١).

= تمويل وتوفير المرافق العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، عام: ١٤٢٢هـ. مقال في الشبكة العنكبوتية الإنترنت بواسطة الرابط جوجل؛ والنظام القانوني لمشروعات B.O.T وأهميتها للتنمية الاقتصادية، د. محيي الدين علي عشماوي، المستشار القانوني لوزيرة الدولة للشؤون الخارجية في دولة مصر العربية، ص٣، مقال في جريدة الأهرام الإلكترونية في الشبكة العنكبوتية الإنترنت بواسطة الرابط جوجل www.Ahram.Org.eg/arab. كتب المقال في يوم السبت غرة ذي القعدة ١٤٢٣هـ ٤ يناير/كانون الثاني ٢٠٠٣م السنة ٢٦ العدد: ٤٢٣٩٧. تاريخ زيارة الموقع ٤/١/٢٠٠٤م؛ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن الحسني، ص١٧، ١٨.

(١) انظر: أحكام العقود المالية المركبة في الفقه الإسلامي، د. عبد الله بن محمد العمراني، ص٢١٨، ٢٢٣؛ وهي أطروحة ـ غير منشورة ـ مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، في قسم الفقه في كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٥هـ.

الموازنة بين عقد البوت وعقد الامتياز التقليدي (عقد الالتزام):

إنْ كان هناك تشابه في التعريف بين العقدين، فإن هناك جملة من الاختلافات يراها البعض بين عقد البوت وعقد الامتياز بمعناه التقليدي، وهذه الاختلافات، هي[1]:

١ ـ إن التطبيق المعاصر لنظام البناء والتملك والتشغيل يستلزم تدخل الدولة تدخلاً إيجابياً في شتى مراحل المشروع بدءاً من التحضير له وإعداده، مروراً بالتنفيذ والتشغيل، وانتهاءً بتحويله وتسليم أصوله كافة إلى الدولة، فالدولة هي التي تحدد المشروع ومواصفاته الفنية، ومكانه وطاقاته الإنتاجية أو الخدمية في ضوء احتياجاته المالية والاقتصادية والاجتماعية، كما يتم اختيار شركة المشروع ـ بحسب الأصل ـ في إطار من المنافسة والعلانية، كما تخضع شركة المشروع أثناء تنفيذ وتشغيل المرفق لرقابة لصيقة من الدولة، كما أن التقنية المستخدمة أثناء التشغيل وإدارة المرفق يتم اختيارها طبقاً للمواصفات التي تحددها الدولة، كما أن مدة الامتياز في التطبيق الحديث لهذا النظام لا تتجاوز عادة ثلاثين عاماً، وهي مدة كافية في معظم الأحوال لاسترداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح معقول.

٢ ـ إن نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل نظراً لطبيعته الاقتصادية ودور الدولة في تنفيذه وطرائق تمويله الحديثة يختلف من الناحية الفنية والاقتصادية اختلافاً جذرياً عن نظام امتياز المرافق العامة في القرن الماضي وفي بداية هذا القرن، وهو الأمر الذي يجعل معه بعض القواعد والأحكام السارية على اتفاقات امتياز المرافق العامة غير صالحة للتطبيق على نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل.

٣ ـ إن عقد الامتياز في معناه التقليدي يفترض قيام صاحب الامتياز بتقديم خدمة مباشرة للجمهور، وحصوله على مقابل هذه الخدمة من جمهور

---

(١) انظر: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، إعداد: د. جمال عثمان جبريل، ص٨٦ ـ ٨٩.

المنتفعين أو المستخدمين للمرفق، وهذا ليس بالضرورة هو الواقع العملي في إطار نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل بصوره المختلفة.

٤ ـ إن نظام البوت يعتمد على تملك شركة المشروع لأصول المرفق ملكية تامة وخالصة، ويمكن رهن أصول المشروع في هذه الأحوال بغرض تمويله، وهو الأمر الذي يتعارض مع مفهوم وجوهر عقود امتياز المرافق العامة، التي تفترض أن المرفق مملوك ملكية عامة للدولة أو على الأقل خاضع لهيمنة سلطة الإدارة.

ورغم أن هذه الاختلافات قد تبدو واضحة بين عقد البوت وعقد الامتياز التقليدي، فإنها في حقيقتها مجرد تطور لعقد الامتياز في معناه التقليدي ـ خضوعاً لسنّة الحياة وما يحدث فيها من تطور هائل في شتى المجالات خاصة في السنوات الأخيرة، مما يجعل جمود عقد الامتياز أمراً غير منطقي، مثله في ذلك مثل كافة المعاني القانونية ـ وخاصة تلك التي ترتبط بدور الدولة في الحياة العامة والاقتصادية منها خاصة.

* المسألة الثانية *

نشأة عقد البوت وطبيعته الخاصة

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: نشأة عقد البوت.

الفرع الثاني: طبيعة عقد البوت.

الفرع الأول: نشأة عقد البوت

لا يمكن اعتبار نظام البوت نظاماً مبتكراً في كليته، حيث ترجع جذوره إلى ما يعرف بعقود الامتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر وبدايات القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول، حيث استخدمت فرنسا هذه العقود لتنفيذ مشروعات السكك الحديدية ومحطات الكهرباء والتزويد بمياه الشرب حيث أعطت الامتياز إلى بريه إخوان عام ١٧٨٢م لتوزيع المياه

في باريس[(١)].

كما أن مصر وسوريا عرفتا هذا النظام في الأربعينات حيث تم تزويد ضاحية مصر الجديدة بالكهرباء والماء وخطوط الترام وفق هذا النظام، كما تعتبر قناة السويس من الأمثلة الشهيرة لعقود الامتياز في نهاية القرن التاسع عشر، ومن أول مشروعات الامتياز أو البوت في العالم حيث تم افتتاح القناة في ١٧ نوفمبر/ تشرين الثاني ١٨٦٩م ـ وكانت مدة الامتياز تسعة وتسعين سنة ـ إلا أنه تم إنهاء امتياز شركة قناة السويس عام ١٩٥٦م؛ أي قبل انتهاء الامتياز بنحو ثلاث عشرة سنة، وهو ما أطلق عليها وقتها تأميم قناة السويس[(٢)].

وقد اختفى هذا الأسلوب تقريباً منذ ثلاثينات هذا القرن وخاصة بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية، واقتصر تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية وخاصة البترول.

وفي منتصف الثمانينات وفي عام ١٩٨٤م بالتحديد حصل تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام.

ففي هذه السنة تم توقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا، وذلك بين كل من الحكومتين البريطانية والفرنسية من جهة وبين شركة يوروتانال من جهة أخرى، وكذلك دعوة رئيس الوزراء التركي آنذاك تورجوت أوزال[(٣)] لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية

---

(١) انظر: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، إعداد: د. جمال عثمان جبريل، ص٨٢؛ ونظام البناء والتشغيل والنقل (البوت) العودة إلى المستقبل، د. محمد غازي الجلالي، ص١، مقال في الموقع العربي الأول المتخصص بالبناء في الشبكة العنكبوتية الإنترنت بواسطة الرابط جوجل www.Buildexonline.com. تاريخ زيارة الموقع ١٠/٩/ ١٤٢٠هـ.

(٢) انظر: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، د. جمال عثمان جبريل، ص٨٢؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٦٤.

(٣) هو: رئيس تركيا، ولد سنة (١٣٤٦هـ)، تخرج مهندساً في جامعة إستانبول. عمل في الستينات والسبعينات مع سليمان ديميريل رئيس الوزراء في إدارة التصميم العام، وعندما أصبح ديميريل رئيس تركيا عينه مستشاراً لشؤون التقنية، ثم مسؤولاً عن هيئة =




في تركيا، ويرجع إليه استخدام التعبير (بوت) لأول مرة للإشارة إلى هذا النوع من المشروعات[١].

ولا يقدم نظام البوت جديداً فيما يتعلق بتنفيذ مشروع التشييد من الناحية الفنية والتقنية[٢]، وإنما يقدم إطاراً وهيكلاً تعاقدياً لتنفيذ مشروع التشييد من الناحية التنظيمية والإدارية، بحيث يتم فيه تحميل المستثمر(المقاول) مسؤولية التصميم والتشييد التي كان يتحملها جهتين مختلفتين في النظم التقليدية لعقود التشييد، وكذلك تحميل المستثمر مسؤولية التمويل التي كانت تحملها الحكومة في السابق.

أي أن نظام البوت يقدم إضافة جديدة إلى الأساليب المتاحة أمام رب العمل (الحكومة) لتنفيذ مشروع التشييد.

ويجدر بالذكر أن ظهور وانتشار البنية الأساسية في شكلها المعاصر بدأ مع ظهور مخترعات الثورة الصناعية في بدايات القرن التاسع عشر، حيث شهدت هذه الفترة انتشار السكك الحديدية كوسيلة للمواصلات، وكذلك انتشار الطاقة الكهربائية وما تلاها في فترات لاحقة من تطور الاتصالات، وكذلك تم في هذه الفترة الاستفادة من التقنية التي وفرتها الثورة الصناعية في بناء قطاعات البنية الأساسية الأخرى[٣].

= التخطيط. مات سنة (١٤١٣هـ)، على إثر نوبة قلبية شديدة.

انظر ترجمته في: تتمة الأعلام للزركلي، إعداد: محمد خير رمضان يوسف ١/ ٩٤، (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

(١) انظر: نظام البناء والتشغيل والنقل (البوت) العودة إلى المستقبل، د. محمد غازي الجلالي، ص٤.

(٢) انظر: نظرة عامة في عقود البوت، لإبراهيم ذكي، ص٩٥؛ وعقود الـB.O.T وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٢؛ والطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، د. جمال عثمان جبريل، ص٨٢؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٦٤.

(٣) انظر: نظام البناء والتشغيل والنقل (البوت) العودة إلى المستقبل، د. محمد غازي الجلالي، ص٤، مقال في الشبكة العنكبوتية الإنترنت بواسطة الرابط جوجل؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٦٤.

الفرع الثاني: طبيعة عقد البوت

اختلفت الآراء حول الطبيعة القانونية لعقود البوت على ثلاثة أقوال:

القول الأول:

إن عقود البوت هي عقود إدارية، وما هي إلا نظام الامتياز القديم تحت مسمى جديد، وما دام عقد الامتياز يعد عقداً إدارياً بطبيعته فإن عقود البوت تعد كذلك، فالإدارة طرف في العقد، ويتعلق بإنشاء مرفق عام، ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، لأن السلطة تتدخل دائماً بتعديل العقد دون حاجة إلى موافقة المتعاقد.

القول الثاني:

إن عقود البوت ليست عقوداً إدارية، إنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقواعد القانون المدني والقانون التجاري، وينعقد الاختصاص في شأنه للقضاء العادي ما لم يكن بالعقد نص يجيز التحكيم.

ويستند هذا الرأي إلى أن جميع عقود البوت تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويسودها مبدأ سلطان الإدارة، ولهذا تعد عقوداً من عقود القانون الخاص، وهذه العقود من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازية بين الطرفين دون أن يكون للإدارة سلطات تميزها عن الطرف الآخر.

فليس بها شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، ومن ثم يفقد العقد عنصراً من عناصر تمييز العقد الإداري.

ولما كانت العناصر الثلاثة لتمييز العقد الإداري يجب أن تكون مجتمعة وإلا كان العقد مدنياً، فإن عقود البوت بفقدها هذا العنصر المهم تنتفي عنها الصفة الإدارية.

كما أن فكرة الخصخصة التي سادت أغلب دول العالم في الآونة الأخيرة تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها؛ لأنه إن تميزت للسلطات استثنائية فلن تجد متعاقداً يتعاقد معها لديه القدرة التقنية الحديثة.



ويضيف أحد أنصار هذا الرأي أن مشروعات البوت ومشروعات الامتياز اختلطت رغم الفروق الواضحة بينهما، فالامتياز وسيلة لإدارة المرفق العام، أما البوت فهو وسيلة للتمويل سواء أكان المرفق عاماً أم خاصاً، والفارق الثاني أن الامتياز كان يتم في إطار القضاء الوطني الداخلي، ولم يكن للعولمة أثر فيها(١).

ومن الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في عقود البوت أن عقدهم عقداً مدنياً وليس عقداً إدارياً.

القول الثالث:

يرى البعض(٢) أن كلّاً من الفكرتين سالفتي الذكر غير سليمة؛ لأن عقود البوت يتم عقدها من خلال آليات متعددة، ولكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد، وذلك بأن نقول عقد البوت عقد إداري أو عقد مدني.

وينتهي صاحب هذا الرأي إلى القول بأنه: يلزم البعد عن محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود أياً كانت الشروط والعناصر والظروف والملابسات المحيطة بكل عقد على حدة؛ لأن هذه المحاولة محكوم عليها بالفشل.

ولكن من الأفضل تكييف كل عقد على حدة في ضوء شروطه وعناصره والظروف والملابسات المحيطة به. وبناء عليه قد يختلف العقد من حالة لأخرى، أو بالأحرى من عملية لأخرى.

وترتيباً على ذلك، فإن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي

---

(١) انظر: الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية ـ البوت في القانون المصري، د. محمد محمد بدران، ص١١، بحث قدم لمركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية، أكتوبر/تشرين الأول، عام: ٢٠٠١م.

(٢) هو: خالد بن محمد عبد الله العطية، في أطروحته للماجستير، في كلية الحقوق جامعة القاهرة؛ وعنوانها: النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، ص٧٢، رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ، كلية الحقوق ـ جامعة الأزهر.





ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانوني واحد، فتارة تكون عقوداً إدارية، وتارة أخرى تعد من عقود القانون الخاص، فالعبرة بتحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه ورده إلى النظام القانوني الذي يحكمه(١).

ولعل هذا الرأي الأخير هو الأقرب للصواب؛ لأن عقود البوت بلا شك عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذوراً تمثل في عقود الامتياز؛ إلا أن هناك العديد من الخلافات الجوهرية بينهما.

وأصبحت عقود البوت يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، وأصبح لها معنىً جديد في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة، التي يطلق عليها شركة المشروع.

كما أوجدت هذه العقود ضرورة وضع قواعد جديدة تتعلق بالأمور الآتية:

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع.
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج.
- إجراءات تسوية المنازعات ودياً.
- كيفية إعادة المشروع للدولة.
- الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد.
- مدى جواز الحجر على هذه الأموال.

لذلك يصعب وضع تكييف محدد ثابت لهذه العقود، إنما يلزم مراجعة كل عقد على حدة، وعما إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه أو لا، فإذا توافرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إدارياً، وإلا كان مدنياً(٢).

---

(١) المصدر نفسه.

(٢) انظر: العقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٧٩ ـ ٨٣.







* المسألة الثالثة *

أهمية عقد البوت

تعمل مشروعات البوت على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقام فيها، ومن ثم زيادة قدرته على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، سواء لتيسير عمل المشروعات القائمة بالفعل ومساعدتها على التطوير والتحسين والتوسع المضطرد أو لإقامة العديد من الشركات والمصانع التي كان لا يمكن إقامتها بدون توفير مشروعات البنية الأساسية التي تم إقامتها من خلال التمويل الخاص.

ومن ثَمَّ فإن النظرة لهذه المشروعات لا تستمد أهميتها من الوضع والحاجة الحالية الحاضرة فقط، ولكنها تزداد أهميتها فيما يتصل ويتعلق بها من إمكانات احتمالية في المستقبل، ولهذه المشروعات العديد من المزايا التي أهمها ما يأتي(١):

١ ـ تمكين الدولة من توفير خدمات مختلفة أساسية لا يمكن الاستغناء عنها، ولم يكن من الممكن توافرها أو إقامتها بالموارد الحكومية المحدودة.

٢ ـ إقامة مشروعات جديدة ذات طبيعة خاصة من حيث إن اتفاقها يسبق عائدها، وبالتالي توفير قوى شرائية بموارد خارجية يتم ضخها إلى السوق للشراء والاستثمار، تقوم بتشغيل عدد من العاملين، وتوفير فرص توظيف إضافية مباشرة وغير مباشرة ناجمة عن المشروعات، تزيد من الأجور والدخل والقوى الاستثمارية.

---

(١) انظر: مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن أحمد الخضيري، ص٣٠ ـ ٣٣؛ وعقود الـB.O.T وتكييفها القانوني، لمحمود محمد فهمي، ص٦٤، ٦٥؛ ونظام البناء والتشغيل والنقل (البوت)، د. محمد غازي الجلالي، ص٣؛ والعقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٧٣؛ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن الحسني، ص٨ ـ ١١.





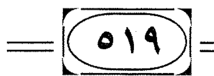
٣ ـ إقامة المشروعات يرفع من الطاقة التوظيفية والتشغيلية للاقتصاد الوطني.

٤ ـ تستطيع الحكومة المضيفة للاستثمار أن تخفف من ضغوط الاقتراض (عدم رفع المديونية للمال العام)، وذلك لأن التمويل المباشر من الميزانية العامة لن يكون لازماً، حيث إن مصادر القطاع الخاص سوف تقوم بتوفير التمويل اللازم لإنشاء وتطوير البنية الأساسية، بشرط أن يسمح باستغلال المشروع لفترة زمنية كافية لاسترداد ما أنفقته، بالإضافة إلى تحقيق ربحية مناسبة لما تحمله من مخاطر وأعباء، وبمعنى آخر يكون إقامة «المشروع مقابل الحصول على الامتياز».

٥ ـ التمويل عن طريق القطاع الخاص عموماً يسمح بنقل المخاطر المالية والصناعية وغيرهما من الحكومة إلى القطاع الخاص، وهو ما يدفع القطاع الخاص إلى الاحتياط من هذه المخاطر وحسن اختيار المشروعات، وتأكيد مقومات نجاحها، وبالتالي يقلل من الفاقد، ويرفع من كفاءة استثمار المشروعات.

٦ ـ تستطيع الحكومة أن تستفيد من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشاريع، وبالتالي إعطاء النموذج الأفضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية، وحينئذٍ تتوفر عمليات التطوير والتحسين في المشروعات الحكومية على سبيل الاهتداء والاقتداء بها. وفي الوقت ذاته فإن المرونة العالية وحرية الحركة والإدارة التي تتمتع بها مشروعات القطاع الخاص يساعد على سرعة تطبيقها للطرق والنظم العلمية والمنهجية الحديثة، مما يعين على تحسين المناخ العلمي في المجتمع.

٧ ـ زيادة اشتراك القطاع الخاص في إدارة مشاريع البنية الأساسية يسمح بزيادة الاعتماد على منظومة الإدارة، أي: التخطيط الارتقائي، والتنظيم المفتوح، والمتابعة السريعة عن قرب، كما يؤدي إلى تفعيل القدرات وتوظيف الإمكانات، والارتقاء بالمهارات، واكتساب الخبرة بسهولة ويسر، حيث تبين أن المديرين من القطاع الخاص أكثر حرصاً وكفاءة في إدارة المشروعات

الكبرى، وإن سرعة التنفيذ والاقتصاد في التكلفة هي أمور يحرص عليها القطاع الخاص أكثر من غيره، ومن ثَمَّ القضاء على جميع صور الإسراف والفاقد وغير المستغل.

٨ ـ زيادة الاستثمار الممول من الخارج مستقبلياً، وتوفير عناصر جذب مؤثرة لتنمية هذه الاستثمارات من حيث: تحسين البيئة والمناخ الاستثماري، وزيادة الإحساس بفوائد الاستثمار، وزيادة المعرفة بالمنافع المتحققة عن استخدام هذه المشروعات الممولة ذاتياً، وإقناع المستثمرين الدوليين بأهمية نقل استثماراتهم أو جانب كبير منها إلى هذا القطاع الاستثماري المهم.

٩ ـ إمكانية استخدام الحكومة لنتائج وأداء مشاريع البوت لتحسين صورتها وأدائها الداخلي والخارجي، وتوفير انطباع محلي وعالمي إيجابي، وجعلها معالم استثمارية تزيد من الكفاءة التشغيلية للاقتصاد الوطني، وخلق بيئة متكاملة تشغيلية ترفع من القيمة المضافة، وتزيد الاعتمادية المتبادلة بين المشروعات بعضها مع بعض، وبما يعمل على حسن قيام كل مشروع بوظيفته وبرسالته.

١٠ ـ يقدم نظام البوت حلّاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية، كما أن هذا النظام يقدم أسلوباً عملياً يمكن للحكومات أن تستخدمه لتحقيق عملية خصخصة القطاع العام التي تشهدها أغلب الدول النامية في الوقت الحاضر.

* المسألة الرابعة *

صور عقد البوت

منذ ظهور أسلوب البوت B.O.T، وهو يتخذ أشكالاً ونماذج متعددة، يمكن التمييز بين عدة أنواع منها، يتعين التعرف عليها والإلمام بخصائصها حتى يمكن اختيار المشروع المناسب منها، وأهم هذه النماذج ما يأتي[1]:

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٤٦ ـ ٤٨؛ وعقود البناء والتشغيل =

١ ـ عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T):

وهي العقود التي تبرم بين الدولة والمستثمرين في مجالات البنية الأساسية والمرافق العامة، وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتشغيله، وتلتزم بأن تحول ملكيته مرة أخرى إلى الحكومة.

٢ ـ عقود البناء والتمليك والتشغيل والتحويل (B.O.O.T):

وهي العقود التي تتيح للمستثمر بناء المشروع وإقامة هياكله ومعداته، وتملكه بواسطة شركة مؤقتة تمثل فيها الحكومة، وتتولى الإشراف على التأسيس والتشغيل خلال فترة الامتياز، وبعد انتهاء هذه الفترة يصبح المشروع ملكية عامة للدولة، وتنتهي شركة الامتياز قانوناً.

«وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ B.O.T في أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد، ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين B.O.T وB.O.O.T.

بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ففي حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد الـ B.O.O.T ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز، فإنها تكون عندئذٍ للجهة الإدارية في عقد الـ B.O.T، ذلك أن المشروع يبنى لحسابها»[1].

= والتحويل بين النظرية والتطبيق، د. حمدي عبد العظيم، ص١٢ ـ ١٦؛ ومشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، د. محسن أحمد الخضيري، ص٣٣، ٣٤؛ وخدمات مصرفية جديدة ـ نظام B.O.T، إعداد: الإدارة العامة للبحوث الاقتصادية في البنك الأهلي المصري، ص٥٦، ٥٧؛ والعقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٧٦، ٧٨؛ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن الحسني، ٩ ص١٩ ـ ٢١.

(١) إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام B.O.T أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـB.O.O.T)، لمحمد بهجت قايد، ص٩، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون).

٣ ـ عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.T):

وهذه العقود تبرم بين الحكومة والمستثمر أو مجموعة المستثمرين على إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل وتمثل فيها الحكومة.

ولا ينتهي هذا النوع من المشروعات بتحويله إلى الملكية العامة مثل العقود السابقة، ولكن بعد انتهاء الفترة المحددة يتم تجديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع أو تعويض الدولة الملاك عن حصص الملكية وفقاً لتقييم أصول وخصوم المشروع.

ويحق للحكومة بعد ذلك التعاقد مع آخرين على إدارة المشروع من خلال عطاءات متقدمة يتم اختيار أفضلها.

وفي جميع الحالات تحصل الحكومة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة.

٤ ـ عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O):

بناء على هذا النوع من العقود تتفق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية. ويتولى المستثمر الإنفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة، ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك العاملة في الدولة أو من البنوك الخارجية ويقوم بتشغيل المشروع وفقاً للضوابط التي تضعها له الحكومة.

ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد فترة الامتياز حيث إن الحكومة تحصل على مقابل منح الامتياز.

ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منح الامتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الخاص المالك للمشروع.

٥ ـ عقود البناء والتحويل والتشغيل (B.T.O):

يقصد بهذا النوع من العقود تعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص على



بناء المشروع أو المرفق العام ثم التخلي عن ملكيته للحكومة التي تبرم معه عقد آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز، وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل. وبذلك تصبح الحكومة مالكة ابتداءً وليس في نهاية فترة الامتياز كما في عقد (B.O.T).

٦ ـ عقود البناء والتأجير والتحويل (B.L.T):

حيث تتيح الحكومة الفرصة للمستثمر الخاص ببناء المشروع أو المرفق العام وتأجير المشروع له خلال فترة زمنية معينة، ثم تؤول ملكية المشروع بعدها إلى الحكومة.

ويحصل المستثمر على إيرادات المشروع خلال تلك الفترة على أن يسدد القيمة الإيجارية المتفق عليها في التعاقد بين الطرفين طوال فترة الامتياز.

٧ ـ عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T):

بناء على هذا النوع من العقود يتعهد المستثمر الخاص بتحديث أحد المرافق العامة أو أحد مشروعات البنية الأساسية وتطويره تقنياً وفقاً للمستويات العالمية ويصبح مالكاً للمشروع ويتولى تشغيله خلال فترة الامتياز ثم يتنازل عنه للحكومة في نهاية الفترة دون مقابل.

٨ ـ عقود التجديد والتملك والتشغيل (R.O.O):

في هذه الحالة يتم التعاقد بين الحكومة والمستثمر الخاص على قيام المستثمر بالاتفاق على تجديد أحد المشروعات العامة التي تحتاج إلى التجديد والتدعيم سواء من حيث المباني أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة ووسائل النقل وغيرها.

وفي هذه الحالة يصبح المستثمر الخاص مالكاً للمشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته، وذلك مقابل القيمة التي تحددها الحكومة مقابل انتقال الملكية من الدولة إلى المستثمر الخاص.

وبذلك تستخدم هذه العقود في إطار برامج الخصخصة للمشروعات



العامة المتعثرة التي تعجز إيراداتها عن الإنفاق على التجديد والإحلال.

وفي جميع الحالات تحرص الحكومة على وضع ضوابط لحماية المجتمع والاقتصاد الوطني والمستهلكين والعاملين في المشروع سواء بصفة مطلقة أو لفترة محددة.

٩ ـ عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T):

يعتمد هذا النوع من العقود على مبادرة القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية ثم تقوم الدولة بسداد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط.

١٠ ـ عقود التأجير والتدريب والتحويل (B.F.T):

بناء على هذا النوع من العقود يقوم القطاع الخاص بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة، ثم تأجير المشروع للحكومة لتقوم بتشغيله خلال فترة زمنية معينة تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بعد ذلك.

ويستخدم النوعان الأخيران من العقود حالياً في معظم دول المجموعة الأوربية بدلاً من نظامي (B.O.T) وَ(B.O.O.T)، وذلك بعد أن تبين وجود بعض السلبيات المرتبطة بهما عند التطبيق العملي.

يتضح مما سبق أن هذه الصور تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير.

وهي تقوم في مجملها على فكرة أساسية، تنحصر في تحمل القطاع الخاص أو شركة المشروع عبء التمويل سواء تعلق الأمر بتجديد المرفق وتشغيله أم تعلق بإنشائه وتشغيله وإعادة ملكيته مرة أخرى للدولة[1].

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٤٨؛ ودراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن الحسني، ص١٢.



تخريج عقود البوت في الفقه الإسلامي:

يمكن تخريج عقود البوت المتقدمة ـ في إطارها العام ـ في الفقه الإسلامي، على أنها علاقة استصناع أو إقطاع أو أنها مشاركة متناقصة.

جاء في قرار ندوة البركة الثالثة عشرة للاقتصاد الإسلامي جدة ٦ ـ ٧ رمضان ١٤١٧هـ/ ١٥ ـ ١٦ يناير/كانون الثاني ١٩٩٧م، المتعلق بـ(عقد الامتياز وتكييفه الشرعي)، برقم: ٢/١٣، ما نصه: «يختلف التكييف الشرعي لعقود الامتياز تبعاً لمحل العقد (نشاط المشروع الذي يبرم العقد لإنجازه):

أ ـ فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبانٍ ومعداتٍ تكلف أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض، وذلك كبناء جسر، أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه، أو تعبيد طريق، فإن العلاقة بين الدولة (مانحة الامتياز) وصاحب الامتياز يمكن أن تكون علاقة استصناع، والثمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة. ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع عادلة وغير مجحفة بمستخدمي المشروع.

ورأى بعض الفقهاء المشاركين في الندوة أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع وربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ.

ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفاع لمدة معينة ثم تؤول المنشأة بعدها إلى الدولة.

ب ـ وإذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن، فإن التكييف الشرعي المناسب هو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزءٍ مما يخرج منها، وذلك قياساً على المزارعة ببعض الزرع.

ج ـ يمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة وصاحب الامتياز، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آنيٍّ عند شراء كل حصة.





ملاحظة: هذه التخريجات إنما هي في الإطار العام، ولا بد من النظر في كل عقد على حدة والتدقيق في محتوى بنوده لتحديد التكييف الصحيح له»[١].

وأما الحديث عن بعض الصيغ الإسلامية المقترحة لتمويل عقد البوت، فيمكن إجمالها في صيغ ثلاث[٢]:

الصيغة الأولى: التمويل من المصارف الإسلامية بطرق المشاركة:

يمكن لشركة المشروع الحصول على الجزء المتبقي لتغطية إجمالي التكاليف اللازمة لنفقات المشروع من المصارف الإسلامية. وتعتبر هذه المصارف مساهمة في رأس مال شركة المشروع بقدر نسبة مساهمتها في التمويل، وتقدر نسبة ربح المصارف الإسلامية على حسب الاتفاق المبرم بينها وبين شركة المشروع، وفي حالة حدوث خسارة فإنها توزع على حسب نسبة رأس المال، ومما يشجع المصارف الإسلامية على المساهمة في مشاريع البنية التحتية أنها مشاريع قائمة على دراسات جدوى دقيقة ويتوقع أن تكون تدفقات الإيرادات منها خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفها مع تحقيق أرباح مجزية، خاصة إذا تعاقدت الحكومة مع شركة المشروع على شراء منتجاتها في فترة الامتياز بأسعار محددة.

وبناء على ما تقدم فإنه يمكن تخريج هذا العقد على أنه يشتمل على شركة ومضاربة[٣]، وهو عقد جائز، فهذا تمويل من المصارف الإسلامية وعمل من شركة المشروع متمثل في عنصر الإدارة، وتمويل وهو نسبة حقوق الملكية أو أسهم المشروع لمتبنِّي المشروع الذي يشكل عادة من ١٥٪ إلى ٣٠٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع، ولكن ينبغي أن يجعل لشركة المشروع زيادة في نسبة الربح نظير قيامها بأعمال الإدارة.

---

(١) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص٢٢٠، ٢٢١.

(٢) انظر: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T، د. أحمد بن حسن الحسني، ص٢٤ ـ ٢٨.

(٣) انظر: المغني ٧/ ١٣٤، ١٣٥.



الصيغة الثانية: تأسيس شركة مساهمة وطرح أسهمها للاكتتاب العام:

يمكن لمتبنِّي المشروع وأعضاء الاتحاد المالي الحصول على ترخيص من الحكومة لتأسيس شركة مساهمة يكون الغرض من إنشائها تنفيذ المشروع المطلوب القيام به، وتكون مدة الشركة هي نفس فترة الامتياز الممنوحة من الحكومة، ثم يقوم المؤسسون بطرح أسهم الشركة للاكتتاب العام للجمهور، وينبغي أن يكون الاكتتاب بكامل القيم الاسمية للأسهم حتى تضمن الشركة الحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع.

كما ينبغي أن يشترط عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين قبول التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدة الشركة وفترة امتيازها، ولا بأس في ذلك ما دام أن فترة الامتياز الممنوحة للشركة كافية لتغطية واسترداد رأس مال المؤسسين والمساهمين مع تحقيق أرباح مجزية لهم.

الصيغة الثالثة: إصدار وبيع سندات الخدمة للجمهور:

تستطيع شركة المشروع الحصول على تغطية الجزء المتبقي من إجمالي التمويل اللازم للمشروع عن طريق إصدار وبيع سندات للجمهور يمثِّل كل سند منها كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديداً دقيقاً من الخدمة التي ستنتجها. فلو كانت الشركة على سبيل المثال ستنتج خدمات الهاتف الجوال تصدر سندات يحتوي كل منها على مائة وحدة من خدماته، ويمكن أن تعرف وحدة خدمة الهاتف الجوال التي ستنتجها بأنها عبارة عن عشرة مكالمات محلية لمدة معينة أو ما يكافئها من المكالمات الدولية، والسند قد يصدر في عام ١٤٢٦هـ ولكنه سيبدأ استخدامه والانتفاع به في عام ١٤٢٨هـ، على أن يكون ثمن الخدمة التي يحتويها السند أقل من ثمنها التي تباع به في الوقت الحاضر بمقدار يشجع الجمهور على شرائه.

وبذلك تحصل شركة المشروع على التمويل من تسويق هذه السندات، وتستخدمه في إنشاء المشروع أو قد تستخدمه لأغراض في الأجل القصير مثل تمويل رأس المال، وهذه المعاملة يمكن تخريجها على أنها عقد سلم؛ لأن



ثمن السند ستحصل عليه الشركة التي تنتج الخدمة أو المنفعة عند تسويقها لها حالاً، والانتفاع بالخدمة التي يحتويها السند مؤجلة إلى وقت محدد في المستقبل. وقد ذكر جمهور الفقهاء[١] ـ رحمهم الله ـ أن السلم جائز في المنافع أو الخدمات إذا كانت صالحة للثبوت في الذمة، ويمكن تحديدها وضبطها بالقدر والصفة. والله أعلم.

* المسألة الخامسة *

عقد البوت بين المنافع والعيوب

تظهر أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة في كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه، وبذلك تكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية.

وعقود البوت تهدف إلى تحقيق أمرين:

الأول منهما: تطوير وتوسيع أداء المرافق العامة القائمة.

وأما **الثاني**: فيهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص. وهو في هذا المجال وذاك يؤدي إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد في دولة ما[٢].

وسوف أعرض أهم المنافع والفوائد لاستخدام نظام البوت للحكومات ثم أهم عيوبه تمهيداً لإبداء رأيٍ خاص في ذلك.

• منافع نظام البوت:

يحقق نظام البوت العديد من المنافع والفوائد، أهمها ما يأتي[٣]:

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/١٩٦؛ ومغني المحتاج ٢/١٠٣؛ وكشاف القناع ٣/٢٨٩.

(٢) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٥٥.

(٣) انظر: نظام البناء والتشغيل والنقل (البوت)، د. محمد غازي الجلالي، ص٧، ٨؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٥٥ ـ ٥٧؛ والنظام القانوني لمشروعات الـB.O.T وأهميتها للتنمية الاقتصادية، د. محيي الدين علي عشماوي، ص٢؛ والعقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٩٠، ٩١.




١ ـ استخدام القطاع الخاص في تمويل المشروع يؤدي إلى كسب مورد جديد للحكومة، وبالتالي يؤدي إلى خفض الإنفاق والاقتراض الحكومي، بما يمكن الدولة من التفرغ لاستثمار أموالها في المشروعات التي لا يرحب القطاع الخاص باستثمار أمواله بها.

٢ ـ يمكن هذا النظام الحكومة من تنفيذ المشروعات التي كانت تؤجلها حتى توفر التمويل اللازم.

٣ ـ يؤدي استخدام القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات إلى تحقيق الابتكار، وتقليل الهدر، وخفض تكاليف المشروع، وزيادة كفاءة التشغيل.

٤ ـ تحصل الحكومة على مشروع جاهز ومتكامل في نهاية فترة الامتياز دون تحمل أي عبءٍ.

٥ ـ يُعطي تمويل المشروع من قبل هيئات التمويل الدولية للحكومة مؤشراً مهماً فيما يتعلق بالجدوى الاقتصادية للمشروع.

٦ ـ يمكن استخدام نظام البوت في الإسهام في نقل التقنية إلى بلد المشروع، وفي تدريب الكوادر المحلية.

٧ ـ يبقى مشروع البوت تحت نظر الحكومة، ويتم توجيهه لخدمة الصالح العام.

٨ ـ قيام المنافسة بين الهيئات العامة القائمة التي تقدم الخدمة نفسها وبين المشروع، مما يؤدي إلى زيادة كفاءة هذه الهيئات وإنتاجيتها.

٩ ـ يعطي أسلوب البوت الحكومة وسيلة عملية يمكن استخدامها في برامج الخصخصة التي تتبعها معظم دول العالم اليوم.

• عيوب نظام البوت:

نظام البوت وإن كان يحقق المنافع سالفة الذكر إلا أن ذلك يجب أن لا ينسينا العديد من العيوب المترتبة عليه، وأهمها[1]:

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٥٧ ـ ٦١؛ ونظام البناء والتشغيل والنقل =



١ ـ لجوء المستثمر سواء أكان أجنبياً أم محلياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج، ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية، وزيادة الطلب على العملات الأجنبية.

٢ ـ الإفراط في منح صاحب الامتياز المزايا المرتبطة بالعقد، ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة، وضمان الحكومة لسداد حدٍّ أدنى لمقابل هذه الخدمة، وتمليك صاحب الامتياز مساحات شاسعة من الأراضي....

٣ ـ ارتباط عقود البوت بالاحتكار، فشركة المشروع ـ في أحيانٍ ـ تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال، ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ. وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار، فإن الدول المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع، كما يحدث في محطات الكهرباء، أو تضمن حداً أدنى من التشغيل، كما يحدث في المطارات أو الطرق.

٤ ـ ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج.

٥ ـ إبرام عقود البوت لمدة طويلة ـ قد يصل إلى تسع وتسعين سنة ـ أمر شديد الخطورة؛ إذ يقيد أجيالاً بعد أجيال، ثم إنه قد يرتب أوضاعاً اقتصادية أو سياسية يصعب التعامل معها فيما بعد.

٦ ـ تراجع سيطرة الحكومة على مراحل المشروع المختلفة، وبالتالي عدم التأكد من مطابقة المشروع للمعايير المحلية بالنسبة للتصاميم والمواصفات والعمالة.

= (البوت)، د. محمد غازي الجلالي، ص٨؛ والتوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي، لمدلين الربضي، ص٤٣.



لكن، وإن كانت هذه المخاوف جدية أو موجودة، فإنها لا تعني إغلاق الباب أمام هذه العقود، وإنما يجب أن تتضافر الجهود لإصدار نظام يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود، ويعظم إيجابياتها، ويحد من السلبيات التي تنتج عنها، لمصلحة البلاد، ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة[١].

ويكون هذا النظام متضمناً لأمور مهمة، من أهمها[٢]:

١ ـ تحديد المشروعات التي يمكن أن تنفذ عن طريق هذه العقود.

٢ ـ الشروط العامة والخاصة للمواصفات الخاصة بعقود البوت.

٣ ـ السلطة المختصة بإبرام عقود البوت.

٤ ـ أسس اختيار المتعاقد.

٥ ـ الحد الأقصى لمدة العقد، ومدى جواز تجديده أو إنهائه.

٦ ـ كيفية نقل المشروع حال انتهائه للدولة.

٧ ـ طرق التمويل.

٨ ـ نسبة تشغيل العمالة الأجنبية.

٩ ـ تحويل العملة للخارج.

* المسألة السادسة *

آثار عقد البوت

وتشتمل على أربعة فروع:

الفرع الأول: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

الفرع الثاني: التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها.

الفرع الثالث: التزام شركة المشروع بالتشغيل.

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص٦١.

(٢) انظر: العقود الإدارية، د. أنس جعفر، ص٩٤.

الفرع الرابع: التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية.

الفرع الأول: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة

يقوم القطاع الخاص ببناء المرفق في مقابل حصوله على حق امتياز لفترة زمنية محددة، هي فترة الامتياز، وتكون هناك مجموعة من الالتزامات على صاحب الامتياز مع ثبوت حقوق له بصفته المنشئ للمشروع يتمثل أهمها فيما يأتي(١):

١ ـ يلتزم صاحب الامتياز ببناء المشروع بنفسه وتشغيله طبقاً للمواصفات المحددة، وأن يلتزم بالإصلاح والصيانة المستمرة للمشروع.

ولا يحق له أن يتعاقد من الباطن إذا اشترط عليه رب العمل أن يعمل بنفسه، أو كان العمل المعقود عليه مما يختلف باختلاف الشخص المتعاقد معه(٢).

أما إذا لم يشترط رب العمل أحد الشرطين، فإن المقاولة من الباطن جائزة باتفاق الفقهاء، أخذاً من اتفاقهم على أن للأجير على عمل موصوف في الذمة أن يعمل العمل بنفسه أو بغيره(٣)؛ لأن المقصود هو حصول العمل من الأجير، فله تحصيله بنفسه أو بغيره كإيفاء الدين(٤).

لكن الواقع أن اختيار صاحب الامتياز في عقود البوت يتم لاعتبارات

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٣٠ ـ ١٣٩؛ وخدمات مصرفية جديدة ـ نظام B.O.T، إعداد: الإدارة العامة للبحوث الاقتصادية في البنك الأهلي المصري، ص٥٧، ٥٨؛ ونظرة عامة في عقود B.O.T، لإبراهيم ذكي، ص١٠٥، ١٠٦؛ والنظام القانوني لمشروعات B.O.T، د. محيي الدين عشماوي، ص٣.

(٢) انظر: البناية شرح الهداية ٩/٢٩٦؛ ومواهب الجليل ٥/٣٩٥؛ وشرح المحلي على المنهاج ٣/٦٨؛ والإنصاف ٦/٤٤ ـ ٤٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/١١١، ١١٢؛ والذخيرة ٥/٥٠٠؛ وأسنى المطالب ٢/٤٠٩؛ والمغني ٨/٣٦؛ وعقد المقاولة، د. عبد الرحمن العايد، ص٢٤٩، ٢٥٠.

(٤) انظر: البناية شرح الهداية ٩/٢٩٦؛ وشرح المحلي على المنهاج ٣/٦٨؛ والمغني ٨/٣٥، ٣٦.

شخصية فيه، فعقد البوت من العقود القائمة على المعيار الشخصي لصاحب الامتياز، وبالتالي لا يجوز له أن يتعاقد من الباطن، وإلا كان باطلاً، ومن ثَمَّ يجوز لمانح الامتياز إسقاط امتيازه[1].

٢ ـ يحق لصاحب الامتياز استغلال المشروع طوال فترة الامتياز، واستخدام الدخل المتولد عنه لسداد المساهمات في رأس المال والديون، ومصروفات التشغيل، ومنح العائد للمستثمرين.

٣ ـ تتحدد مدة المشروع بما يتناسب مع الاستثمارات طويلة الأجل، وعلى أساس الزمن المطلوب لإنجاز المشروع وسداد التكاليف والحصول على ربح مناسب.

٤ ـ يتم بانتهاء فترة الامتياز إعادة المشروع إلى الحكومة بدون مقابل وفي حالة جيدة.

٥ ـ يحصل صاحب الامتياز عادة على احتكار إنشاء المشروع ـ ما لم يكن حجم السوق وطبيعة المشروع يقضيان بغير ذلك ـ لذا يحظر على الحكومة إنشاء مشروع مماثل أو تكليف صاحب امتياز آخر بمشروع مماثل.

وبالتالي تلتزم الحكومة في عرض المشروعات من هذا النوع بتقديم الضمانات اللازمة بعدم المنافسة، وأن يكون الامتياز مطلقاً، كما تلتزم الحكومة ـ وهو الأهم ـ بعدم إصدار أنظمة تحدُّ من مقدرة صاحب الامتياز في جمع وتحصيل رسوم استخدام المشروع عند المستوى اللازم لتغطية التكاليف، وتحقيق الأرباح خلال فترة الامتياز.

٦ ـ تلتزم الحكومة بعدم إنهاء الاتفاقية أو إلغائها بشكل منفرد.

٧ ـ تتضمن صياغة الاتفاقية وضع شرط تسوية المنازعات الذي يتضمن لجوء الأطراف إلى وسائل تسوية المنازعات بالطرق السلمية دون اللجوء إلى القضاء الوطني أو القضاء الدولي، وذلك في ضوء ما يحدث من منازعات أو خلافات بين الأطراف فيما يتعلق بتنفيذ العقد أو مراحل تنفيذ المشروع، أو

---

(١) انظر: نظرة عامة في عقود B.O.T، لإبراهيم ذكي، ص١٠٥.

حقوق والتزامات الأفراد أو التحويل، أو التنفيذ طبقاً لمواصفات المشروع، أو التسليم أو نقل الملكية أو شروط اتفاقية الامتياز، أو الالتزامات الخاصة بمقاول التنفيذ أو غير ذلك، ويتم تسوية المنازعات من خلال الوساطة والتوفيق والتحكيم.

الفرع الثاني: التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها

في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تضطلع شركة المشروع بإنشاء المرفق وتجهيزه حتى يصبح جاهزاً للتشغيل.

ولما كانت هذه العقود تمتد مدة طويلة من الزمن، فإن تنفيذ العقد وفقاً للمواصفات التي سبق الاتفاق عليها مع الجهة الإدارية يبقى له أهميته الكبيرة؛ إذ ترتبط جودة هذا التنفيذ ودقته باستمرار المرفق في أداء نشاطه ونقل ملكيته للدولة.

وتمر عملية تنفيذ المشروع بعدة مراحل كما يأتي[١]:

المرحلة الأولى: مرحلة التصميم:

تعتبر مرحلة التصميمات والرسومات الخاصة بالمشروع هي أساس التنفيذ في عقود البوت B.O.T بصورها المختلفة، ولا شك أن هذه المرحلة تكتسب أهميتها باعتبار أن شركة المشروع هي التي تنشئ المرفق ابتداء، وهذه التصميمات والرسومات يجب أن يتفق عليها أطراف العقد، سواء قدمتها شركة المشروع أم الجهة الإدارية.

وتتميز هذه الرسومات والتصميمات بالسرية، ويجب أن يتم تنفيذ العمل وفقاً لها.

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٤٠ ـ ١٤٤؛ ومشاريع البناء ـ التشغيل ـ إعادة الملكية «B.O.T» والتجربة المبكرة لشركة الرياض للتعمير، د. خالد عبد الله الدغيثر، ص٤.

وكثيراً ما يحدث في عقود البوت بتفريعاته المتعددة، أن يحيل في إنشائه إلى عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهي صيغ ونماذج عالمية معدة سلفاً بواسطة الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

وعلى الجهة الإدارية أن تحتفظ بعدد كافٍ من النسخ لهذه التصميمات والرسوم الهندسية للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء والتشغيل وإجراء الصيانة اللازمة حين يؤول إليها ملكية المشروع عند انتهاء أمد العقد.

المرحلة الثانية: تهيئة موقع المشروع لبدء التنفيذ:

تعتبر هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع، ويجب على شركة المشروع أن تقوم بتهيئة موقع المشروع الذي يتعين على الدولة أن تسلمه إليها وتضمن عدم تعرض الآخرين لها؛ لأن قيام هذا التعرض سوف يؤدي إلى تأخير تنفيذ المشروع مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح المتعاقد مع الإدارة[1].

وتوقياً لحدوث منازعات أو مشكلات حول هذا التسليم، فإنه يجدر أن يتم هذا التسليم بمحضر رسمي مكتوب يوقع عليه أطراف العقد. وهو أمر مهم؛ نظراً لاتصاله بقدرة أطراف العقد على الوفاء بهذه الالتزامات في وقتها المحدد.

المرحلة الثالثة: مرحلة التشييد:

في هذه المرحلة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وبنائه وفقاً للقواعد المتفق عليها في العقد، مع الالتزام الدقيق بالرسومات والتصميمات والشروط التي نص عليها في العقد وملاحقه أو كراسة الشروط التي أجريت ـ وفقاً لها ـ إجراءات اختيار المتعاقد (شركة المشروع).

وللإدارة أن تراقب عملية الإنشاء، ولها في سبيل ذلك تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ.

---

(١) انظر: النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، لخالد بن محمد العطية، ص١١٢.

ولها أن تحتج أو ترفض أي تغيير في الرسومات أو قواعد التنفيذ المتفق عليها سلفاً في العقد وملاحقه.

وكذلك أي تعديل في مواصفات البناء والتجهيز مما يقلل من الاستفادة من هذا المرفق، أو يؤدي على المدى الطويل إلى تعذر انتقال ملكيته إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد.

وتلجأ بعض الدول إلى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه بحيث تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقاً لخطة محددة.

وتأتي أهمية الاتفاق على مراحل التنفيذ بصورة واضحة، أنه يحسم كثيراً من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخر تنفيذه.

وفي الغالب يُنَصُّ في العقد على كيفية حسم المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقد وإنشاء المرفق.

وفي أغلب الأحيان ينص في العقد أيضاً على اللجوء إلى التحكيم عند نشوء مثل هذه المنازعات مع تحديد إجراءاته.

ولا بد أن يكون هذا التحكيم متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

الفرع الثالث: التزام شركة المشروع بالتشغيل

تأتي مرحلة التشغيل بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية والتقنية، وتمثل مرحلة التشغيل جوهر العقد بالنسبة لشركة المشروع؛ إذ أن هذا التشغيل هو الذي يكفل لها استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته.

ومن ناحية أخرى لا تخفى أهميتها بالنسبة للجهة مانحة الامتياز، إذ أن كيفية هذا التنفيذ تؤثر على تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها، ويصل بذلك ضرورة التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمشروع، وتدريب العاملين فيه، والتزامها بنقل التقنية الحديثة.

وذلك على التفصيل الآتي[1]:

---

(١) انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٤٥ ـ ١٥٢؛ والنظام القانوني لعقود =



أولاً: القواعد الأساسية في تشغيل وإدارة المشروع:

إذا تعلق عقد البوت B.O.T بمرفق عام يؤدي خدمة للجمهور، فإن ثمة قواعد أساسية تتصل بسير المرافق العامة يجب على شركة المشروع أن تلتزم بها.

وهذه القواعد هي المبادئ التقليدية التي تحكم سير المرافق العامة، وتتلخص في ثلاثة أمور:

١ ـ مبدأ مساواة الجميع أمام المرفق العام.

٢ ـ مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

٣ ـ مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل في كل وقت.

وهذه مبادئ منطقية ترتبط بفكرة المرفق العام بحسبانه يهدف إلى إشباع حاجة عامة للمواطنين(١).

ثانياً: التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة:

تظهر أهمية هذا الالتزام في أن شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة الالتزام بنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية، وهذا مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالتزام شركة المشروع بإجراء الصيانة الدورية على المرفق حتى يظل بحالة جيدة.

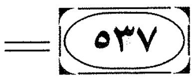
ويجب أن يحدد العقد مواعيد الصيانة، والطرف الذي يلتزم القيام بها، ومدى سلطة الجهة الإدارية في التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جدية؛ وذلك لأن لها مصلحة تتمثل في ضرورة انتقال ملكية المرفق إليها بحالة جيدة.

وإذا لم ينص العقد على ذلك، فإن التزام شركة المشروع بتنفيذ هذا

= التشييد والتشغيل ونقل الملكية، لخالد بن محمد العطية، ص١٢٢؛ والوجيز في القانون الإداري ـ الجزء الأول: نظرية المرافق العامة، لمصطفى أبو زيد فهمي، ص١٢٧، (مؤسسة المطبوعات الحديثة، ط١، ١٩٥٧م).

(١) لمزيد التوسع في إلقاء الضوء على هذه المبادئ ومدى اتفاقها مع عقود البوت B.O.T؛ انظر: عقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٤٦ ـ ١٥٠.





الالتزام يكون وفقاً للعرف ولما يجري عليه العمل(١).

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام المشغل بتطوير المعدات وآلات المرافق للمحافظة على كفاءة المرفق، فثمة مشروعات تستلزم في كل الأحوال تطويراً دائماً للمعدات والآلات، مثل محطات الكهرباء أو المطارات أو الطرق.

ثالثاً: التزام شركة المشروع بنقل التقنية وتدريب العاملين عليها:

يمثل عقد البوت B.O.T مدخلاً أساسياً لنقل التقنية المتقدمة إلى الدولة المضيفة.

فشركة المشروع لها مصلحة جدية في نقل التقنية الحديثة مع تحصيل أكبر قدر من الفوائد والأرباح؛ وذلك أن هذه التقنية تقلل الاعتماد على الأيدي العاملة، كما أنها تساعد على تقديم خدمة جيدة، كما أن الدولة المضيفة لها أيضاً مصلحتها في الحصول على تقنية جديدة تساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية.

ولعل هذا الالتزام يعد من أهم الالتزامات التي تتولد عن عقود البوت.

فنظراً لضخامة الاستثمارات في مثل هذه المشروعات فإن الأمر يستدعي الاستعانة بالتقنية المتطورة، والعمل على تطويرها أولاً بأول، ويمكن للدولة المضيفة أن تطلب نوعاً معيناً من التقنية يتناسب وخططها التنموية.

ويتصل بهذا الالتزام ضرورة تدريب عمال الجهة الإدارية على استخدام التقنية المستخدمة في المشروع حتى إذا ما انتقل إليها في نهاية مدة الالتزام تصبح قادرة على تشغيله.

الفرع الرابع: التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية

وهو التزام أساسي في عقود البوت، فبعد انتهاء مدة العقد فإن شركة المشروع تلتزم بنقل ملكية المرفق محل العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة.

---

(١) انظر: النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، لخالد بن محمد العطية، ص١٢٢.



والأصل أن المشروع ينتقل من صاحب الامتياز إلى جهة الإدارة دون مقابل. فشركة المشروع قد استردت ما أنفقته في بناء المشروع في فترة التشغيل، فضلاً عن احتفاظها بما حققته من أرباح.

على أن هذا لا يمنع أن ينص في العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل أو تعويض رمزي حسب الأحوال.

وقد تجد الجهة الإدارية أن من مصلحتها استمرار شركة المشروع في إدارته وتشغيله، ولذلك عليها أن تبرم معها اتفاقاً جديداً بهذا الشأن ويكون محله إدارة هذا المشروع.

على أن استمرار شركة المشروع في إدارته وتشغيله لا يؤثر على ملكية الجهة الإدارية للمرفق.

ويتعين على شركة المشروع أن تنقل المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة وصالح للاستخدام، وللجهة الإدارية أن تتحقق من ذلك.

وبتنفيذ هذا الالتزام فإن عقد البوت B.O.T ينتهي تماماً.

ويجب تحويل جميع أصول المشروع سواء أكانت عقارية أم منقولة إلى الجهة الإدارية. ويجب أن تنتقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية خالصة من أي رهون أو حقوق للغير إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك فيجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

تلك كانت أهم الالتزامات التي تلتزم بها شركة المشروع.

وأما التزامات الجهة الإدارية لصاحب الامتياز في عقود البوت، فهي تتمثل في المقابل المالي، والتوازن المالي للعقد الإداري، والحق في الحصول على التعويضات. **وقد تقدم بحث هذه الحقوق عند الكلام عن امتياز شركات التنقيب والتعدين، فأغنى ذلك عن إعادته**[1].

---

(١) انظر: ص٣٧٧ وما بعدها؛ وعقود البوت، د. جابر جاد نصار، ص١٥٤ وما بعدها.







* المسألة الرابعة *

واقع عقد البوت في المملكة العربية السعودية

وتشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تطبيق مشاريع البوت B.O.T في المملكة العربية السعودية.

الفرع الثاني: معوقات قيام مشاريع البوت B.O.T في المملكة العربية السعودية وأساليب تذليلها.

الفرع الأول: تطبيق مشاريع البوت B.O.T في المملكة العربية السعودية

توجد في المملكة أرضية ملائمة لجذب وتطبيق أساليب البوت، تتمثل في التوسع الكبير الذي تشهده المشاريع الصناعية، ومشاريع توليد الطاقة، والاتصالات، والطرق، والمطارات، بالإضافة لما يمكن أن يخضع للدراسة من مشاريع لسكك الحديد، وخدمات المواصلات تحت الأرض.

هذا بالإضافة إلى أن تبني هذا النوع من المشاريع يمكن أن يلعب دوراً مهماً في تنمية مشاريع الإسكان، وتطوير الأراضي، والأحياء السكنية.

ولا شك أن تبني هذا النوع من المشاريع سيزيد من القدرة على استيعاب وامتصاص الكثير من السيولة المحلية المتوفرة في البنوك والبيوت التمويلية المحلية للاستثمار في المملكة، بل سيعمل على جذب الكثير من الاستثمارات العالمية إلى المملكة.

كذلك فإن المتغيرات المصاحبة لدخول المملكة إلى منظمة التجارة العالمية WTO وما لذلك من انعكاسات على وضع المقاول المحلي وحاجته إلى العمل على الخروج بسياسات جديدة تتيح له القدرة على المنافسة في ظل ظروف السوق الجديدة، والتي ستختفي بموجبها امتيازات الحماية والدعم

والأفضلية التي يتمتع بها المقاول المحلي حالياً، يتطلب رفع كفاءة الأداء واجتياز الحدود من خلال المشاركة والتضامن كأمور ملحة يحتاجها المقاول المحلي في المرحلة القادمة.

ولبعض الجهات الحكومية والخاصة في المملكة بعض المحاولات والتجارب لتطبيق أساليب تمويلية مستفيدة من عقود البوت B.O.T متمثلة في تجارب البلديات بتأجير الأراضي لإقامة مشاريع الخدمات أو إتاحة الفرصة للقطاع الخاص لإقامة مشاريع الأسواق.

وكذلك هناك تجارب بعض الجهات الحكومية من خلال تأجير الأراضي من خلال عقود الحيازة.

وكذلك هناك أيضاً تجربة وزارة التربية والتعليم من أجل تمكين القطاع الخاص من إنشاء بعض المدارس، وسداد تكاليف الإنشاء من خلال عقود طويلة الأجل، إلا أن حداثة التجربة والمشاكل المالية والإدارية والقانونية المتمثلة في التعارض مع نظام مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية والعقد العام للأشغال، وكذلك غياب المنافسة التي جعلت الجهات الممولة ترفع من تكلفة التمويل، جعل هذه التجربة لا تحقق النجاح المنشود.

وقد جددت وزارة التربية والتعليم من تجربتها من خلال استصدارها عقود الاستصناع، إلا أن المتفحص لهذه العقود ـ يصرف بموجبه للمقاول أو المستثمر عشر شهادات استحقاق قيمتها الإجمالية تساوي القيمة الفعلية للمنفذ على الطبيعة مضافاً إليها النسبة التي تمثل عائد الاستثمار السنوي ـ يجدها لا تعدو تكييفاً لنظام تأمين مشتريات الحكومة ولائحته التنفيذية، وكذلك عقد الأشغال العامة.

ورغم التحفظات على أن تكون المدارس مجالاً لتجارب البوت B.O.T، إلا أن المطلوب هو أن تعمل الجهات ذات العلاقة وعلى وجه السرعة لإصدار سياسات للبوت تتناسب مع طبيعة العلاقة.

فعقد الأشغال العامة ونظام مشتريات الحكومة ينظم علاقة كانت الدولة

هي المنفقة والمشغِّلة، والقطاع الخاص هو المستفيد، بينما المطلوب الآن هو عكس هذه العلاقة مع إعطاء الصلاحيات ووضع التنظيمات الكافية للجهات المعنية بتوفير هذه المشاريع بالعمل بحرية أكثر لاقتراح المشاريع وجذب المستثمرين.

فدول كثيرة في محيطنا حققت نجاحات متنامية في جذب الاستثمارات لإقامة مشاريع الخدمات من خلال عقود البوت، ولعل التجربة العمانية تأتي الأكثر تميزاً حيث اجتذبت عشرات البلايين من الدولارات في إقامة مشاريع مختلفة للخدمات كمشاريع الطاقة، والمياه، والبتروكيماويات، والطرق، والمطارات، والسياحة. وتتبعها الآن الدول الخليجية الأخرى على المنهاج نفسه.

كذلك فإن هناك التجربة المصرية التي اجتذبت أكثر من سبعة بلايين دولار لمشاريع الطرق والطاقة ومعالجة المياه، وكذلك إقامة مطاري العلمين ورأس سدر بحوالي ستمائة مليون دولار.

فدولة كالمملكة العربية السعودية بحجمها الجغرافي والديمغرافي[(١)]، وبنزعتها الاقتصادية والصناعية الرائدة، تعد سوقاً قوياً لمثل هذا النوع من المشاريع بشرط أن يتوفر ـ وعلى وجه السرعة ـ البيئة التنظيمية المطلوبة لمشاريع البوت B.O.T إدارياً ومالياً وقانونياً، وتفعيلها بشكل جذاب ومشجع ومطمئن للمستثمر المحلي والأجنبي[(٢)].

---

(١) الديمغرافية: هو علم يدرس الناحية الكمية للسكان من البشر، ويعتمد على إحصائيات المواليد والوفيات والزواج، ويبحث في العلاقات التي تنشأ من هذه الظواهر، وأحوال السكان وكيف تثبت المجتمعات البشرية وتتوازن أو تزيد أو تتناقص، وكيف يجتمع البشر أو يفترقون، وأسباب التغيرات المادية والمعنوية.

انظر: المختصر في المسميات والمصطلحات التاريخية والجغرافية، إعداد: إبراهيم بن يوسف الأقصم، ص١٣٥، (جدة: دار المجتمع، ط١، ١٤٢٢هـ).

(٢) انظر: مشاريع البناء ـ التشغيل ـ إعادة الملكية «B.O.T» والتجربة المبكرة لشركة الرياض للتعمير، د. خالد عبد الله الدغيثر، ص١٢، ١٣.



الفرع الثاني: معوقات قيام مشاريع البوت B.O.T في المملكة العربية السعودية وأساليب تذليلها

تأتي المملكة العربية السعودية في مقدمة الدول العربية التي تحمل فرصاً لا متناهية لجذب المستثمر سواء المحلي أم الأجنبي، حيث يمثل البعدين الجغرافي والديمغرافي متطلبات لمشاريع خدمية ونفع عام لا محدودة في بيئة يتوفر بها أهم عنصرين للاستثمار، وهما: الاستقرار السياسي والاجتماعي، والقدرة والثقة في الضمانات الحكومية كدولة ذات موارد بترولية ومعدنية عظيمة.

ولكن اللافت أنه رغم هذه المميزات تبقى المملكة في ذيل الدول المستفيدة من أنظمة التمويل الحديثة بنظام البوت B.O.T بأنماطه المختلفة، وهذا ليس فقط مقارنة عالمية، بل حتى بين أقرانها في المنظومة الخليجية. وإن خطت المملكة خطوات عملية على الطريق الصحيح من خلال التوجه نحو الخصخصة بداية بقيام المجلس الاقتصادي والهيئة العامة للاستثمار كجهتين معنيتين بتمهيد الطريق لجذب الاستثمارات، إلا أن هناك بطءاً مردُّهُ بالدرجة الأولى العديد من السياسات المالية والتنظيمية المكبلة للاندفاع في هذا المجال، ناهيك عن التأخر في طرح البدائل التنظيمية الموازية.

ويمكن اختصار معوقات قيام مشاريع البوت B.O.T في المملكة العربية السعودية في الأسباب الآتية:

١ ـ عدم وجود السياسات الإدارية والقانونية والمالية والأطر العامة والتفصيلية لنظام قيام المشاريع بواسطة عقود البوت B.O.T.

٢ ـ الركون إلى التنظيمات القائمة عند البحث عن مداخل لتطبيق هذه المشاريع، كنظام المشتريات الحكومية واللائحة التنفيذية الملحقة به والعقد الموحد للأشغال العامة والتنظيمات الأخرى ذات العلاقة.

٣ ـ المركزية في منح الامتياز لمشاريع البوت B.O.T على اعتبار أنها عقود امتياز تلزم الموافقة السامية حسب النظام القائم مما يطيل الموافقة والمفاوضات.

٤ ـ تواضع الثقافة العامة ـ لدى لجان المفاوضات ـ لماهية هذا النوع من المشاريع، والقائمة على تذليل العقبات، وترغيب وتشجيع المستثمرين، وضمان نجاحهم مما يطيل فترات المفاوضات، وربما وصولها إلى طريق مسدود.

٥ ـ عدم توفر الضمانات الحكومية للمتغيرات التي لا تتعلق بالمشروع بشكل مباشر، والتي تؤثر على حجم الإيرادات، كانخفاض الطلب، وتكلفة التمويل وخلافها.

٦ ـ الأنظمة التجارية والجمركية والعمالية المعوقة لسرعة تنفيذ الأعمال.

أساليب تذليل هذه المعوقات:

لتذليل هذه المعوقات يلزم القيام بعدة خطوات يأتي في مقدمتها:

١ ـ وضع أنظمة جديدة تتوافق مع العملية العكسية لتمويل المشروع من القطاع الخاص وليس الدولة، تشمل نظاماً لمنافسات التمويل والعقود الإدارية المصاحبة لها، وذلك بشكل منفصل بالكامل عن التنظيمات الحالية لقيام المشاريع.

٢ ـ تحديث الأنظمة العامة التجارية والجمركية والعمالية لإيجاد المناخ العام للاستثمار، أو إيجاد الروافد الخاصة لهذا النوع من الاستثمار.

٣ ـ حفظ حقوق المستثمرين وتثبيتها من خلال الإيرادات والرسوم المتوقعة للتشغيل لتغطية تكاليف التمويل وإعطاء الأرباح.

٤ ـ المحافظة على حقوق الامتياز من التعدي والمنافسة.

٥ ـ إعطاء الصلاحيات لطرح المنافسات وإبرام عقود الامتياز للجهات المستفيدة من المشروع، وذلك إلى مستوى الوزير المعني أو أمير المنطقة كحد أقصى.

٦ ـ التوسع في إعطاء الضمانات المتعلقة بالمتغيرات الاجتماعية أو الاقتصادية للبلاد بما يريح ويشجع المستثمر نظراً لطول فترة الامتياز.

٧ ـ تعميق الثقافة العامة لدى أصحاب القرار ولجان التفاوض، بأن هذه



المشاريع إن لم تقم في هذه البلاد فستقوم في بلد آخر لخدمة مجتمع آخر، فالمال يبحث عن الملاذ المريح والآمن، وفي خسارة المشروع خسارة اقتصادية واجتماعية كبيرة لمشروع بعد فترة محدودة سيعود أرضاً ومنشأة للخزينة العامة.

٨ ـ على الجهات المعنية بوضع السياسات والآليات أن لا تبدأ بالضرورة من الصفر، ولكن عليها الالتفات لتجارب الآخرين للاستفادة منها خاصة القريبة من بيئتنا الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، ولعل التجربة العمانية خليجياً والتجربة الماليزية آسيوياً جديرتين بالدراسة والاستفادة(١).

(١) انظر: مشاريع البناء ـ التشغيل ـ إعادة الملكية «B.O.T» والتجربة المبكرة لشركة الرياض للتعمير، د. خالد عبد الله الدغيثر، ص١٤، ١٥.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسولنا الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين:

أما بعد:

ففي نهاية هذا البحث أحمده ﷻ وأشكره، أن وفقني لإتمامه، وأسأله ﷻ أن يتقبله مني خالصاً لوجهه الكريم، وأن يتجاوز عني إذا أخطأ رأيي وزل قلمي، فما قصدت إلا الخير ﴿وَمَا تَوْفِيقِيٓ إِلَّا بِٱللَّهِۚ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَإِلَيْهِ أُنِيبُ﴾ [هود: ٨٨].

ويطيب لي بعد الفراغ من هذا البحث أن أسجل خلاصة له تبرز أهم القضايا التي تناولتها هذه الدراسة التفصيلية، وأبرز أهم النتائج التي توصلت إليها، على النحو الآتي:

١ ـ إن التعريف المختار للامتياز ـ في معناه العام ـ: «أنه أولوية مستحقة شرعاً لحق معين مراعاة منه لصفته تمنع غيره منه».

٢ ـ لم يعرف الشرع الإسلامي حق الامتياز كحق عيني، ولكنه عرف أنواعاً شبيهة بالامتيازات المعاصرة كالإقطاع والحِمى والسلب والتحجير والاحتكار.

٣ ـ يُدرج القانونيون حق الامتياز في الحقوق العينية التبعية، والتأمينات العينية، أو حقوق التوثيق، ويعنون به حق الامتياز في الديون خاصة. كما أنهم يذكرون عقود الامتياز في العقود الإدارية، وكذا يتحدثون عن عقود الامتياز التجارية عند حديثهم عن عقود التجارة الدولية.

٤ ـ من خلال الموازنة بين الامتياز والاختصاص تبين أن الاختصاص يختلف

عن الامتياز من ناحية الثمرة، ومن ناحية المحل، وأما الإقطاع فعلى رأي الأكثر يكون في الموات خاصة بخلاف الامتياز فيكون في الأرض وغيرها، وأما على رأي البعض فيكون الامتياز أعم من الإقطاع وأشمل، حيث إنه يكون من الإمام وغيره، وفي الأشياء المادية والمعنوية، وفي الديون والمنافع والعقود.

٥ ـ يفترق عقد الترخيص عن عقد الامتياز التجاري في أنه لا يمكن لصاحب الامتياز أن يضع العلامة على منتجاتٍ من صنعه، أما عقد الترخيص فيحق فيه للمرخص له أن يضع العلامة على منتجات من صنعه. وأما الاتفاق بينهما فهو أن كلّاً من العقدين له استغلال ثانوي؛ لأنهما يعملان لحسابهما، وليس لحساب المرخص. وكذلك فكلاهما يكون في حالة تبعية اقتصادية من ناحية الإشراف والشروط.

٦ ـ قُسِّمَ الامتياز إلى قسمين: الامتياز الجائز والامتياز المحرم، والجائز يتنوع إلى مطلق ومقيد، والمقيد ينقسم إلى امتياز مجرد وامتياز حقيقي، ولكلٍّ أمثلةٌ وأنواع.

٧ ـ تظهر أهمية الامتياز في كونه مرتبطاً بحاجة الإنسان وبمدى التقدم العلمي والتقني، وأصبح محور اهتمام عالمي ملحوظ في الفترة الأخيرة، إما لتحقيق أكبر قدر من الكفاءة، أو للتقليل من المشروعات الخاسرة، أو لدوافع أخرى. وتعود فائدة الاختصاص بحق الامتياز إلى جهتين اثنتين: إلى مانح الامتياز والمستفيد.

٨ ـ أصبح الامتياز حقاً مشروعاً لأنه ذو قيمة مالية، وله دلالة تجارية معينة، يحقق رواج الشيء الممتاز، ويُعَدُّ شيئاً مملوكاً لصاحبه لمزاياه المذكورة وتحقيقه صفة الرواج، مما يمكِّن من الانتفاع به وجواز التصرف فيه.

٩ ـ إن أسباب الامتياز المتعلقة بالمعاملات المالية راجعة إلى خمسة مصادر كلية هي: العقد، والإرادة المنفردة، والفعل الضار، والفعل النافع، والشرع.

١٠ ـ يقتضي حق الامتياز التقدم على الغير في الديون أو المنافع أو العقود،

فيكون لهذا الدين أو المنفعة أو العقد حق الأولوية أو حق التقدم، وذلك لاعتبارات كالشك والريبة، أو الضرورة، أو رجحان حق عام على حق خاص.

١١ ـ ينقضي امتياز الديون بأسباب، هي: نزول صاحب الامتياز عن الامتياز بإرادته المنفردة، أو هلاك محل الامتياز، أو اتحاد الذمة، كما ينقضي امتياز المنافع بأسباب منها: موت ذي المنفعة، أو فراغ مدة الانتفاع، أو فوات المنفعة، أو ذهاب العين، أو إسقاط المنفعة، وينقضي امتياز العقود أيضاً بأسباب أربعة هي: انتهاء المدة، أو تخلف شرط، أو وجود سبب من أسباب فساد العقد، أو الخيار.

١٢ ـ توصلت إلى أن البائع الذي لم يقبض شيئاً من الثمن له حق الامتياز في استرداد المبيع عند إفلاس المشتري، سواء كان المفلس حياً أم ميتاً، كما أن له حق امتياز في استرداد المبيع في حالة ما إذا بذل الغرماء الثمن له. أما إذا قبض البائع بعض الثمن فإنه لا يثبت له حق الامتياز في عين ماله، وإنما هو أسوة الغرماء.

١٣ ـ إن لمشتري المتاع الذي باعه الحاكم من أموال المدين حق امتياز إذا كان مستحقاً وتلف الثمن؛ لما في ذلك من مصلحة لجميع الغرماء.

١٤ ـ إن امتياز الدائن في الرجوع بعين ماله كما يتناول ما إذا كان السبب الموجب للدين بيعاً، يتناول غيره من المعاوضات كامتياز القرض ورأس مال السلم وثمن الرهن، فللمقرِض والمسْلِم والمرتهن حق امتيازٍ بالرجوع في الدين مفضلاً على بقية الدائنين الآخرين؛ لأنه وجد عين ماله.

١٥ ـ إن ما ينفق في سبيل بيع أموال المحجور عليه، مثل أجرة الكيال والحمَّال والمنادي والبائع ونحوهم، يكون لهم حق امتياز في تحصيل أجورهم قبل الغرماء؛ لأن ذلك طريق إلى وفاء دينه.

١٦ ـ اتفق الفقهاء على أن نفقة المفلس على نفسه لها حق امتياز على حق الغرماء؛ لأن هذا مما لا بد منه ولا تقوم النفس بدونه. وكذلك يثبت

حق الامتياز لنفقة من تلزمه نفقته من زوجته وأولاده الصغار وأرحامه الذين تجب عليه نفقتهم؛ لأن نفقة هؤلاء من الحاجات الأصلية.

١٧ - يثبت للعمال الزراعيين حق امتياز في حبس ما نتج من الأرض بعملهم إذا كانت الأجرة معجلة وقد أفلس المؤجر، وليس لهم ذلك إذا كانت مؤجلة.

١٨ - إن المستأجر ليس له حق امتياز في العين المستأجرة إذا مات المؤجر، بل يكمل المدة؛ لأن عقد الإجارة عقد لازم، فلا ينفسخ بموت المؤجر.

١٩ - ليس لدين الكراء حق امتياز على غيره من الديون؛ لأنه ملك للمفلس، ويتعلق به جميع ديونه.

٢٠ - ليس لناقل البضائع حق امتياز بحبس البضائع لتحصيل الأجرة.

٢١ - ترجح أن الشفيع له امتياز بالمبيع عند الإفلاس من البائع.

٢٢ - لا خلاف بين الفقهاء في تقديم الوصايا على الإرث، وأنَّ لها امتيازاً على حقوق الورثة، إنْ وسع المال جميع الوصايا، وإلا قدم منها الآكد فالآكد.

٢٣ - إن دين الوقف ليس له امتياز على الديون الأخرى المرسلة.

٢٤ - إن لمالك العين المغصوبة حق امتياز في استرداد ملكه، وأن ملكه لم يزل عنه، وله أرش النقص إن نقصت العين باعتداء الغاصب إلا أنه لا شيء للغاصب إن زادت العين في هذه الحال.

٢٥ - إن المالك الأصلي للعين المغصوبة له حق امتياز بالمغصوب على من هي بيده بالثمن يضمنها لمشتريها، وله الرجوع بذلك على غاصبه.

٢٦ - الشخص المحتجر لا يملك الأرض بمجرد تحجيرها، وإنما يكون له امتياز وأولوية بها لسبق يده عليها.

٢٧ - يجوز منح امتياز الإقطاع للعامر الذي لم يتعين مالكه ولم يتميز مستحقه إذا كان هذا الامتياز يحقق المصلحة.

٢٨ ـ يجوز منح امتياز الإقطاع في المعادن الباطنة ـ إقطاع انتفاع لا إقطاع تمليك ـ ويعود ذلك إلى نظر ولي الأمر، فهو الذي يمنح الامتياز للناس بحسب المصلحة العامة لهم. أما المعادن الظاهرة فلا تملك بالإحياء، ولا يجوز للإمام إقطاعها لأحد من الناس، ولا احتجازها دون المسلمين؛ لأن فيه ضرراً بالمسلمين وتضييقاً عليهم.

٢٩ ـ يجوز للإمام أن يمنح امتياز إقطاع الإرفاق لمن يجلس في مقاعد السوق التي ليست ملكاً لأحد، ولا يسقط هذا الحق ما دام صاحب الامتياز موجوداً؛ لأنه يصير كالمتملك.

٣٠ ـ يجوز للإمام أن يمنح امتياز المنافع لجهات معينة في أراضٍ خاصةٍ من المناسك على سبيل الانتفاع بها والجلوس فيها لحملات الحج أيام أداء مناسك الحج وغيرها دون تملكها. ومن لم يمنح من الإمام امتياز الجلوس في أماكن النسك، فلمن سبق إليها الجلوس فيها على وجهٍ لا يضيق على أحد، ولا يضر بالمارة، ويكون أحق بها ما لم ينقل متاعه لسبقه إلى مباح.

٣١ ـ يجب أن يعتبر للمؤلف والمخترع حق فيما ألف وابتكر، وهذا الحق هو ملك له شرعاً لا يجوز لأحد أن يسطو عليه دون إذنه، ويكون له امتياز به شريطة أن يكون الكتاب أو البحث ليس في دعوة إلى منكر، أو بدعة، أو أي ضلالة تنافي شريعة الإسلام، وإلا فإنه حينئذٍ يجب إتلافه ولا يجوز نشره.

٣٢ ـ الديون القوية هي الصادرة عن حكم قضائي أو اتفاق موثق عند السلطة، وعليه فدين بدل أتعاب المحامي يصبح من الديون القوية الممتازة إذا كان مستنداً إلى حكم قضائي أو إذا كان صادراً عن اتفاق صريح خالٍ من عيوب الإرادة وموثق عند السلطة المختصة بذلك.

٣٣ ـ لا حرج شرعاً في اعتبار الامتياز التجاري إذا لم يكن فيه إضرار بالناس وتضييق عليهم، أما من ضيق على الناس أو أضر بهم فلا يجوز منح الامتياز له؛ لأنه محتكر.

٣٤ - يجوز اشتراط شرط القصر في عقد الامتياز التجاري؛ إذ فيه تحقيق لمصالح طرفي العقد بالإضافة إلى ما يتحقق للمجتمع من تحسين في تقديم الخدمات للجمهور.

٣٥ - لا يجوز إصدار أسهم ممتازة، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال، أو ضمان قدر من الربح، أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح. ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية.

٣٦ - تبين أن عقود الامتياز التقليدية أو اتفاقيات الامتياز باطلة؛ لوجود الغبن الفاحش فيها، ووجود التغرير، بالإضافة إلى وجود نوع من الجهالة في محل العقد، إذ لا يعرف مقدماً حجم الإنتاج الذي جرى بشأنه العقد.

٣٧ - يمكن تخريج اتفاقية المقاولة على المسألة التي قاسها الإمام مالك رحمه الله على المساقاة والقراض، واختارها من المالكية الفضل بن سلمة معللاً ذلك بأن المعادن لما لم يجز بيعها، جازت المعاملة فيها على الجزء منها قياساً على المساقاة والقراض، وهو وجه عند الحنابلة. أما إذا كان المقابل الذي يحصل عليه المقاول نقداً، فالعقد إجارة صحيحة على ما نص عليه المالكية، فالمعدن غير النقد، يجوز دفعه عندهم بأجرة.

٣٨ - تبين أن اتفاقية المشاركة في رأس المال بين مالك النفط (الدولة) وبين القائم بعملية الاستثمار الفعلية (الشركة) اتفاقية جائزة شرعاً.

٣٩ - يجوز أن تعمد الدولة إلى استئجار أجراء يقومون باستخراج المعادن نظير أجر يدفع لهم مقابل عملهم، كما يجوز للدولة أن تعمد إلى تحديد جُعْلٍ لمن يستخرج المعدن.

٤٠ - لا يجوز للدولة أن تقوم بمنح امتياز استخراج المعادن مقابل أجرة معلومة يدفعها للدولة، للجهالة بمقدار المعدن الحقيقي الذي يجري الاتفاق على استنباطه.

٤١ ـ يجوز للدولة أن تمنح امتياز استخراج المعادن الباطنة دون مقابل، مدةً من الزمن إذا رأت المنفعة في ذلك؛ لأنها مالكة للمعدن، وتصرفها على الرعية منوط بالمصلحة.

٤٢ ـ يجوز اشتراط (الشرط الجزائي) في جميع العقود المالية ما عدا العقود التي يكون الالتزام الأصلي فيها ديناً، فإن هذا من الربا الصريح. وبناء على هذا، يجوز هذا الشرط ـ مثلاً ـ في عقود المقاولات بالنسبة للمقاول، وعقد التوريد بالنسبة للمورد، وعقد الاستصناع بالنسبة للصانع إذا لم ينفذ ما التزم به أو تأخر في تنفيذه.

٤٣ ـ تبين صحة القول بجواز توكيل المسلم الكافر حتى ولو كان حربياً بشراء ما يصح له شراؤه لنفسه، إذا كان على وجه يتمكن المسلم فيه أن يتحرى من صحة معاملاته. أما إذا لم يكن كذلك فلا يصح توكيله، بل ولا حتى المسلم الذي لا يتورع عن أكل الحرام للعلة نفسها. وعليه يجوز للمسلم أن يستثمر أمواله عن طريق الوكالات التجارية بأيدي كافرة إذا كانت بياناتها المالية مدققة، ولا تتعارض مع الأحكام الشرعية.

٤٤ ـ يجوز دفع العمولة للوكيل التجاري مقابل جهوده في تسهيل التعاقد بين الأطراف بإعطائه نسبة مئوية على أساس ثمن البيع للسلعة المبيعة، أو كانت الأجرة محددة بمبلغ معين وفقاً لاتفاق الأطراف فيما بينهم.

٤٥ ـ يجوز إعطاء امتياز الوكالة التجارية لشيء ما لفردٍ خاصٍ، أو شركة خاصة، وحصر البيع والشراء فيهما، إذا كان فيه مزايا نافعة للناس، ومحققاً لمصالحهم.

٤٦ ـ تبين صحة امتياز عقد التوريد في حالة تعاقد صاحب الامتياز مع مانح الامتياز على شراء كمية محدودة من السلع يتم استلامها وتسليم ثمنها بعد أجل محدد أو آجال محددة.

٤٧ ـ إن الامتيازات الخاصة التي تمنح لصاحب البطاقة الائتمانية وبطاقات التخفيض، منها ما هو جائز، ومنها ما هو محرم، فمثال الامتيازات



الجائزة: الخصم أو الحطيطة في سعر الشراء بالبطاقة، وكذا الجوائز والهدايا إذا كانت على سبيل التبرع، أما إذا كانت الهدية المقدمة محرمة في ذاتها أو تؤدي إلى محرم، فإنه لا يجوز منح امتيازها للعميل. ومثال الامتيازات المحرمة: التأمين في بطاقات الائتمان.

٤٨ ـ العناصر الرئيسة لنظام البوت هي: التشييد والبناء للمشروع، ثم التشغيل بواسطة المستثمر، ثم التسليم وهو التزام قائم على المستثمر بتسليم المشروع في نهاية فترة الامتياز إلى الحكومة بدون مقابل وفي حالة جيدة.

٤٩ ـ تعمل مشروعات البوت على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقام فيها، ومن ثم زيادة قدرته على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، وحينئذ فإن النظرة لهذه المشروعات لا تستمد أهميتها من الوضع والحاجة الحالية الحاضرة فقط، ولكنها تزداد أهميتها فيما يتصل ويتعلق بها من إمكانات احتمالية في المستقبل.

٥٠ ـ لا يجوز لصاحب الامتياز أن يتعاقد من الباطن إذا اشترط عليه رب العمل أن يعمل بنفسه أو كان العمل المعقود عليه مما يختلف باختلاف الشخص المتعاقد معه. أما إذا لم يشترط رب العمل أحد الشرطين فإن المقاولة من الباطن جائزة باتفاق الفقهاء.

٥١ ـ توجد في المملكة العربية السعودية أرضية ملائمة لجذب وتطبيق أساليب البوت، تتمثل في التوسع الكبير الذي تشهده المشاريع الصناعية، والخدمية، ومشاريع توليد الطاقة، والاتصالات، والطرق.... ولا شك أن تبني هذا النوع من المشاريع سيزيد من القدرة على استيعاب وامتصاص الكثير من السيولة المحلية المتوفرة في البنوك والبيوت التمويلية المحلية للاستثمار في المملكة، بل سيعمل على جذب الكثير من الاستثمارات العالمية إلى المملكة.

٥٢ ـ توجد صعوبات ومعوقات لقيام مشاريع البوت في المملكة، مردُّهُ بالدرجة الأولى العديد من السياسات المالية والتنظيمية المكبلة للاندفاع في هذا المجال، ناهيك عن التأخر في طرح البدائل التنظيمية الموازية.



وقد أشار الباحث إلى ذكر مجموعة من الأساليب لتذليل هذه المعوقات.

هذه خلاصة ما تيسر بحثه في موضوع **(الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي)**.

وأخيراً:

أسأل الله تعالى أن يوفقني لصالح القول والعمل، وأن يعصمني من الخطأ والزلل، وأن يلهمني رشدي، ويسدد عملي، وأن يزيدني علماً، وأن ينفعني بما علمني، وأن يغفر لي ولوالدي كما ربياني صغيراً، ويجزل لهما الأجر والمثوبة، وأن يمدهما بالصحة والعافية في الدنيا والآخرة.

وأن يغفر لمشايخي، وجميع المسلمين، وأن يوفق حكومات الدول الإسلامية والقائمين على سياساتها المالية والاقتصادية لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية، بل وفي جميع شؤون الحياة، إنه على كل شيء قدير، وبالإجابة جدير.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلَّى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.




شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE



الفهارس

* فهرس الآيات القرآنية.
* فهرس الأحاديث النبوية.
* فهرس الآثار.
* فهرس الكلمات المشروحة.
* فهرس الأعلام.
* فهرس المصادر والمراجع.
* فهرس الموضوعات.

*[1]

(١) هذه النجمة أينما وردت في أي فهرس من الفهارس فإنها تشير إلى أن المشار إليه ورد في الهامش بياناً لأمر في الهامش.


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
و
الحصري
NEW & EXCLUSIVE





فهرس الآيات القرآنية







فهرس الأحاديث النبوية


شبكة
الألوكة
www.alukah.net


الجديد
NEW & EXCLUSIVE





فهرس الآثار







فهرس الكلمات المشروحة






الجديد و الطهري
NEW & EXCLUSIVE



فهرس الأعلام









فهرس المصادر والمراجع

* أولاً: القرآن وكتب التفسير:

١ ـ **أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن**، لمحمد الأمين الشنقيطي، (بيروت: دار عالم الكتب، ط بدون).

٢ ـ **تفسير الطبري**، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤٢٢هـ).

٣ ـ **تفسير القرآن العظيم**، لابن كثير، ت: سامي بن محمد سلامة، (الرياض: دار طيبة، ط١، ١٤١٨هـ).

* ثانياً: كتب الحديث وعلومه:

٤ ـ **اختصار علوم الحديث**، لابن كثير، مع الباعث الحثيث لأحمد شاكر، ت: علي حسن عبد الحميد، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٥هـ).

٥ ـ **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٦ ـ **الاستذكار ـ الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار**، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر النمري، ت: أمين قلعجي، (القاهرة: دار الوعي، بيروت: دار قتيبة للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م).

٧ ـ **تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي**، لجلال الدين السيوطي، ت: د. أحمد عمر هاشم، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط بدون، ١٤٠٩هـ).

٨ ـ **تغليق التعليق على صحيح البخاري**، للحافظ ابن حجر العسقلاني، ت: سعيد القزقي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط١، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٩ ـ **تقريب التهذيب**، لابن حجر العسقلاني، ت: أبو الأشبال صغير أحمد الباكستاني، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٦هـ).

١٠ ـ **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**، لابن حجر العسقلاني، ت: السيد عبد الله هاشم اليماني، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).





١١ ـ **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد**، لابن عبد البر القرطبي، ت: سعيد أعراب وآخرين، (ط بدون).

١٢ ـ **تهذيب سنن أبي داود**، لابن قيم الجوزية، مطبوع مع مختصر سنن أبي داود للحافظ المنذري، ومعالم السنن لأبي سليمان الخطابي، ت: أحمد شاكر ومحمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية ومكتبة السنة المحمدية، ط بدون).

١٣ ـ **الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل**، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ت: أحمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

١٤ ـ **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه**، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، قام بشرحه وتصحيح تجاربه وتحقيقه: محب الدين الخطيب، ورقم كتبه وأبوابه وأحاديثه واستقصى أطرافه: محمد فؤاد عبد الباقي، ونشره وراجعه وقام بإخراجه وأشرف على طبعه: قصي محب الدين الخطيب، (القاهرة: المطبعة السلفية، ط١، ١٤٠٠هـ).

١٥ ـ **الجوهر النقي على سنن البيهقي**، لابن التركماني، مطبوع مع السنن الكبرى للبيهقي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م).

١٦ ـ **سبل السلام في شرح بلوغ المرام**، للصنعاني، ت: محمد البيانوني ود. خليل إبراهيم ملا خاطر، (الرياض: مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ط٤، ١٤٠٨هـ).

١٧ ـ **سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

١٨ ـ **سلسلة الأحاديث الضعيفة الموضوعة وأثرها السيء في الأمة**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

١٩ ـ **سنن ابن ماجه**، لأبي عبد الله محمد بن يزيد بن ماجه القزويني، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: المكتبة العلمية، ط بدون).

٢٠ ـ **سنن أبي داود**، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، ط بدون).

٢١ ـ **سنن الترمذي** = **الجامع المختصر من السنن عن رسول الله ﷺ ومعرفة الصحيح والمعلول وما عليه العمل**.

٢٢ ـ **سنن الدارقطني**، لعلي بن عمر الدارقطني، ت: السيد عبد الله هاشم يماني المدني، (القاهرة: دار المحاسن للطباعة، ط بدون).

٢٣ ـ **السنن الكبرى**، لأبي بكر أحمد بن الحسين البيهقي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م).

٢٤ ـ **سنن النسائي (المجتبى)**، لأحمد بن شعيب النسائي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٢٥ ـ **سنن سعيد بن منصور**، ت: حبيب الرحمٰن الأعظمي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٣٠٥م).

٢٦ ـ **شرح السنة**، للبغوي، ت: شعيب الأرناؤوط وَ زهير الشاويش، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ).

٢٧ ـ **شرح الطيبي على المشكاة**، ت: د. عبد الحميد هنداوي، (مكة المكرمة: مكتبة نزار الباز، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م).

٢٨ ـ **شرح صحيح مسلم**، للنووي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٢٩ ـ **شرح معاني الآثار**، لأبي جعفر أحمد الطحاوي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

٣٠ ـ **صحيح ابن حبان**، ت: شعيب الأرناؤوط، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٤هـ).

٣١ ـ **صحيح ابن خزيمة**، ت: د. محمد مصطفى الأعظمي، وتعليق: محمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م).

٣٢ ـ **صحيح البخاري = الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه**.

٣٣ ـ **صحيح سنن ابن ماجه**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط٣، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

٣٤ ـ **صحيح سنن أبي داود**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

٣٥ ـ **صحيح سنن النسائي**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي، بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م).






٣٦ ـ **صحيح مسلم = المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ**.

٣٧ ـ **ضعيف الجامع الصغير وزيادته**، لمحمد ناصر الدين الألباني، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

٣٨ ـ **ضعيف سنن أبي داود**، لمحمد ناصر الدين الألباني، (بيروت: المكتب الإسلامي بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤٠٨هـ).

٣٩ ـ **ضعيف سنن الترمذي**، لمحمد ناصر الدين الألباني، أشرف على استخراجه وطباعته: زهير الشاويش، (بيروت: المكتب الإسلامي بتكليف من مكتب التربية العربي لدول الخليج، ط١، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م).

٤٠ ـ **عمدة القاري شرح صحيح البخاري**، للعيني، (القاهرة: مطبعة البابي الحلبي، ط١، ١٣٩٢هـ ـ ١٩٧٢م).

٤١ ـ **عون المعبود شرح سنن أبي داود**، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ت: عبد الرحمٰن محمد عثمان، (مؤسسة قرطبة، الناشر: محمد عبد المحسن، ط٢، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م).

٤٢ ـ **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**، لأحمد بن حجر العسقلاني، ت: محب الدين الخطيب وآخرين، (القاهرة: دار الريان، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

٤٣ ـ **الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني**، لأحمد بن عبد الرحمٰن البنا، المعروف بـ (الساعاتي)، (القاهرة: دار الشهاب، ط بدون).

٤٤ ـ **فيض القدير شرح الجامع الصغير**، لعبد الرؤوف المناوي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

٤٥ ـ **القبس في شرح موطأ مالك ابن أنس**، لابن العربي المعافري، ت: د. محمد عبد الله ولد كريم، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٢م).

٤٦ ـ **كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس**، لإسماعيل ابن محمد العجلوني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣، ١٤٠٨هـ).

٤٧ ـ **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**، لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي، (بيروت: مكتبة المعارف، ط بدون، ١٤٠٦هـ).





٤٨ ـ **المستدرك على الصحيحين**، لأبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، ومعه تلخيص الذهبي، وكتاب «الدرك بتخريج المستدرك» لابن حجر العسقلاني، صنعة: عبد السلام بن محمد بن عمر علوش، (بيروت: دار المعرفة، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

٤٩ ـ **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط بدون).

٥٠ ـ **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ت: الشيخ أحمد محمد شاكر، (مصر: دار المعارف، ط بدون).

٥١ ـ **مسند الإمام أحمد بن حنبل**، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرين، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م).

٥٢ ـ **مسند الإمام الشافعي**، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي (مطبوع مع شفاء العي)، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط١، ١١٤١٦هـ).

٥٣ ـ **المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ**، لأبي الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م).

٥٤ ـ **مصنف عبد الرزاق**، ت: حبيب الرحمٰن الأعظمي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ).

٥٥ ـ **المصنف**، لابن أبي شيبة، تعليق: سعيد اللحام، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤١٤هـ).

٥٦ ـ **معالم السنن**، للخطابي، ت: محمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).

٥٧ ـ **المعجم الأوسط**، للطبراني، ت: طارق بن عوض الله محمد وعبد المحسن إبراهيم الحسيني، (القاهرة: دار الحرمين، ط بدون، ١٤١٥هـ).

٥٨ ـ **المنتقى شرح الموطأ**، لسليمان بن خلف الباجي، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون).

٥٩ ـ **الموطأ**، للإمام مالك ابن أنس، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٥م).

٦٠ ـ **ميزان الاعتدال في نقد الرجال**، لشمس الدين الذهبي، ت: علي البجاوي وفتحية البجاوي، (دار الفكر العربي، ط بدون).

٦١ ـ **نصب الراية لأحاديث الهداية**، لعبد الله بن يوسف الزيلعي، (القاهرة: دار المأمون، ط١، ١٣٥٧م).



٦٢ ـ **النكت على كتاب ابن الصلاح**، لابن الحجر العسقلاني، ت: د. ربيع ابن هادي، (الرياض: دار الراية، ط٢، ١٤٠٨هـ).

٦٣ ـ **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار**، لمحمد بن علي الشوكاني، (القاهرة: دار الحديث، ط بدون).

٦٤ ـ **الهداية في تخريج أحاديث البداية**، لأحمد بن محمد الصديق البخاري، (عالم الكتب، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

*** ثالثاً: الفقه:**

٦٥ ـ **الإجماع**، لابن المنذر، ت: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، (قطر: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤٠٧هـ).

٦٦ ـ **الأحكام السلطانية**، للقاضي أبي يعلى، ت: محمد حامد الفقي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م).

٦٧ ـ **الاختيار لتعليل المختار**، لعبد الله بن محمود الموصلي، علق عليه: محمود أبو دقيقة، (إستانبول: دار الدعوة، ط بدون، ١٩٨٧م).

٦٨ ـ **الاستخراج لأحكام الخراج**، لابن رجب، ت: محمد إبراهيم الناصر، (جدة: دار الأصفهاني، ط١، ١٤١٢هـ).

٦٩ ـ **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، لزكريا الأنصاري، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط بدون).

٧٠ ـ **أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه الإمام مالك**، لأبي بكر الكشناوي، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

٧١ ـ **الإشراف على مذاهب أهل العلم**، لابن المنذر، ت: محمد نجيب سراج الدين، (الدوحة: دار الثقافة، ط١، ١٤٠٦هـ).

٧٢ ـ **الإقناع**، لابن المنذر، ت: د. عبد الله عبد العزيز الجبرين، (الرياض: مطابع الفرزدق، ط١، ١٤٠٨هـ).

٧٣ ـ **الإقناع لطالب الانتفاع**، لأبي النجا الحجاوي، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م).

٧٤ ـ **الأم للشافعي**، (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٣هـ).

٧٥ ـ **الأموال**، لأبي عبيد، ت: محمد خليل هراس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م).

٧٦ ـ **الأموال**، لحميد بن زنجوية، ت: شاكر ذيب فياض، (الرياض: مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية، ط١، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦).



٧٧ ـ **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، لعلي بن سليمان المرداوي، ت: محمد حامد الفقي، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).

٧٨ ـ **البارع في إقطاع الشارع**، لعبد الرحمٰن السيوطي، وهي رسالة ضمن كتابه الحاوي للفتاوي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

٧٩ ـ **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، (دار الكتاب الإسلامي، ط٢، بدون).

٨٠ ـ **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ).

٨١ ـ **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، لمحمد بن رشد القرطبي، (بيروت: دار المعرفة، ط٨، ١٤٠٦هـ).

٨٢ ـ **البناية في شرح الهداية**، لمحمود بن أحمد العيني (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٤١١هـ).

٨٣ ـ **البهجة شرح التحفة**، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩١م).

٨٤ ـ **البيان شرح كتاب المهذب**، لأبي الحسين يحيى العمراني، اعتنى به قاسم محمد النووي، (بيروت: دار المنهاج، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

٨٥ ـ **التاج والإكليل شرح مختصر خليل**، لمحمد المواق مطبوع بهامش مواهب الجليل، (بيروت: دار الفكر، ط٣، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م).

٨٦ ـ **تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، لإبراهيم بن علي بن فرحون، مطبوع بهامش فتح العلي المالك للشيخ محمد عليش، (دار الفكر، ط بدون).

٨٧ ـ **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، لعثمان بن علي الزيلعي، (القاهرة: مطابع الفاروق، ط٢، بدون).

٨٨ ـ **تحرير الأحكام في تدبير أهل الإسلام**، لابن جماعة، ت: د. فؤاد عبد المنعم أحمد، (قطر: رئاسة المحاكم الشرعية، ط٢، ١٤٠٧هـ).

٨٩ ـ **تحرير الكلام في مسائل الالتزام مع فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك**، للشيخ عليش، (دار الفكر، ط بدون).

٩٠ ـ **تحفة المحتاج بشرح المنهاج**، لأحمد بن حجر الهيتمي مع حاشية الشرواني وابن القاسم (مصر، دار إحياء التراث، ط بدون).

٩١ ـ **التفريع**، لابن الجلاب، ت: د. حسين الدهماني، (بيروت: دار الغرب، ط١، ١٤٠٨هـ).

٩٢ ـ **التنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع**، للمرداوي، تصحيح: عبد الرحمٰن حسن محمود، (الرياض: المؤسسة السعيدية، ط بدون).

٩٣ ـ **التهذيب في الفقه الشافعي**، للبغوي، ت: عادل عبد الموجود وعلي معوض، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ).

٩٤ ـ **الجوهرة النيرة شرح مختصر القُدُوري**، لأبي بكر بن علي الحداد اليمني، (مطبعة محمود بك جوار الباب العلي، سنة ١٣٠١هـ).

٩٥ ـ **حاشية ابن عابدين**، لمحمد أمين بن عمر، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

٩٦ ـ **حاشية أحمد الشلبي على تبيين الحقائق**، للزيلعي، (القاهرة: مطابع الفروق، ط٢، بدون).

٩٧ ـ **حاشية الجمل على شرح المنهج**، لسليمان بن عمر الجمل، (بيروت: مؤسسة التاريخ العربي، ط بدون).

٩٨ ـ **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، لمحمد أحمد عرفة، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

٩٩ ـ **حاشية الرهوني على شرح الزرقاني على مختصر خليل**، لمحمد ابن أحمد بن محمد الرهوني، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م).

١٠٠ ـ **حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب**، لزكريا الأنصاري، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

١٠١ ـ **حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة أبي زيد القيرواني**، (دار الفكر، ط بدون).

١٠٢ ـ **حاشية بجيرمي على شرح الخطيب**، لمتن أبي شجاع، لسليمان البجيرمي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٣٩٠هـ ـ ١٩٧٨م).

١٠٣ ـ **حاشية قليوبي على المحلي على المنهاج**، لأحمد بن أحمد القليوبي، (مصر: دار إحياء الكتب العربية، ط بدون).

١٠٤ ـ **الحاوي الكبير**، لأبي الحسن الماوردي، ت: علي معوض وَ عادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م).

١٠٥ ـ **الحجة على أهل المدينة**، لمحمد بن الحسن الشيباني، تعليق: مهدي حسن الكيلاني، (بيروت: عالم الكتب، ط٣، ١٤٠٣هـ).



١٠٦ ـ **حلية العلماء**، للقفال الشاشي، ت: د. ياسين دراكة، (مكة المكرمة: توزيع دار الباز، ط١، ١٩٨٨م).

١٠٧ ـ **الخراج**، للقاضي أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، معارضةٌ بطبعة بولاق سنة ١٣٠٢هـ).

١٠٨ ـ **درر الحكام شرح غرر الأحكام**، للقاضي محمد بن فراموز، الشهير بمنلا خسرو، (مصر: ط بدون).

١٠٩ ـ **الذخيرة**، للقرافي، ت: محمد أبو خبزة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م).

١١٠ ـ **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي: (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

١١١ ـ **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار**، للشوكاني، ت: محمد إبراهيم زايد، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٥هـ).

١١٢ ـ **شرح الخرشي على مختصر خليل**، لمحمد بن عبد الله الخرشي، (بيروت: دار صادر، ط بدون).

١١٣ ـ **شرح الزركشي على مختصر الخرقي**، ت: د. عبد الله بن عبد الرحمٰن الجبرين، (الرياض: مكتبة العبيكان، ط١، ١٤١٢هـ).

١١٤ ـ **الشرح الصغير على أقرب المسالك**، لأحمد بن محمد الدردير مع حاشية الصاوي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م).

١١٥ ـ **الشرح الصغير على أقرب المسالك**، لأحمد بن محمد الصاوي مع حاشية محمد بن إبراهيم المبارك، (مطبعة عيسى البابي الحلبي، ط بدون).

١١٦ ـ **الشرح الكبير**، لعبد الرحمٰن بن محمد بن قدامة المقدسي، مع الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ت: د. عبد الله التركي، (مصر: هجر للطباعة والنشر، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

١١٧ ـ **شرح منتهى الإرادات**، لمنصور بن يونس البهوتي، (دار الفكر، ط بدون).

١١٨ ـ **شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام**، ضبطه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمٰن، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢٠هـ).

١١٩ ـ **الطرق الحكمية في السياسة الشرعية**، لابن قيم الجوزية، (بيروت دار الكتب العلمية، ط بدون).

١٢٠ ـ **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة**، لجلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، ت: حميد بن محمد لَحْمَر، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٢٣هـ).



١٢١ ـ **العقود**، لشيخ الإسلام ابن تيمية، ت: نشأت بن كمال المصري، (مكتبة المورد، ط، ١٤٢٣هـ).

١٢٢ ـ **الغاية القصوى في دراية الفتوى**، للبيضاوي، ت: د. علي محيي الدين القره داغي، (الدمام: دار الإصلاح، ط بدون).

١٢٣ ـ **الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية**، لزكريا الأنصاري، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م).

١٢٤ ـ **الفتاوى البزازية، المسماة بالجامع الوجيز**، للشيخ حافظ الدين محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردي الحنفي، مطبوع بهامش الفتاوى الهندية، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م).

١٢٥ ـ **الفتاوى الهندية**، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٤، ١٤٠٦هـ).

١٢٦ ـ **فتح العزيز شرح الوجيز**، لأبي القاسم عبد الكريم الرافعي، مطبوع مع المجموع شرح المهذب للنووي، (دار الفكر، ط بدون).

١٢٧ ـ **فتح القدير**، لمحمد بن عبد الواحد بن الهمام، (بيروت: دار الفكر، ط٢، بدون).

١٢٨ ـ **الفروع**، لابن مفلح، مراجعة: عبد الستار فراح، (بيروت: عالم الكتب، ط٤، ١٤٠٥هـ).

١٢٩ ـ **الفواكة الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني**، لأحمد غنيم النَّفَرَاوي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

١٣٠ ـ **قوانين الأحكام الشرعية**، لابن جزيء الغرناطي، (بيروت: دار القلم، ط بدون).

١٣١ ـ **الكافي**، لابن قدامة، ت: د. عبد الله التركي، (القاهرة: دار هجر، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م).

١٣٢ ـ **الكافي في فقه أهل المدينة**، لابن عبد البر، (الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ط٣، ١٤٠٦هـ).

١٣٣ ـ **كتاب الروايتين والوجهين**، للقاضي أبي يعلى، ت: د. عبد الكريم اللاحم، (الرياض: مكتبة المعارف، ط١، ١٤٠٥هـ).

١٣٤ ـ **كشاف القناع على متن الإقناع**، لمنصور بن يونس البهوتي، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م).



١٣٥ ـ **اللباب في شرح الكتاب**، لعبد الغني الميداني، (بيروت: المكتبة العلمية، ط بدون، ١٤٠٠هـ).

١٣٦ ـ **المبدع شرح المقنع**، لإبراهيم بن محمد بن مفلح المقدسي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط بدون، ١٤٠٢هـ ـ ١٩٨٢م).

١٣٧ ـ **المبسوط**، لشمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي بكر السرخسي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م).

١٣٨ ـ **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر**، لعبد الله محمد بن سليمان، المعروف بـ (داماداا أفندي)، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون).

١٣٩ ـ **المجموع شرح المهذب**، لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

١٤٠ ـ **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية**، جمع وترتيب: عبد الرحمٰن بن قاسم النجدي وابنه محمد، (الرياض: دار عالم الكتب، ط بدون، ١٤١٢هـ).

١٤١ ـ **المحرر في الفقه**، لمجد الدين ابن تيمية، (الرياض: مكتبة المعارف، ط٢، ١٤٠٤هـ).

١٤٢ ـ **المحلى**، لأبي محمد علي بن أحمد بن حزم، طبعة مقابلة على النسخة التي حققها الشيخ أحمد محمد شاكر، ت: لجنة إحياء التراث العربي، في دار الآفاق الجديدة، (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط بدون).

١٤٣ ـ **مختصر اختلاف العلماء**، لأبي جعفر أحمد بن محمد الطحاوي، اختصار: أبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي، ت: د. عبد الله نذير أحمد، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م).

١٤٤ ـ **مختصر الطحاوي**، ت: أبو الوفا الأفغاني، (بيروت: دار إحياء العلوم، ط١، ١٤٠٦هـ).

١٤٥ ـ **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، لمصطفى السيوطي الرحيباني، (ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م).

١٤٦ ـ **المعرفة**، للقاضي عبد الوهاب، ت: حميش عبد الحق، (مكة المكرمة، مكتبة نزار الباز، ط بدون).

١٤٧ ـ **مغني المحتاج إلى معرف ألفاظ المنهاج**، لمحمد بن أحمد الشربيني الخطيب، (القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط بدون، ١٣٧٧هـ ـ ١٩٥٨م).



١٤٨ ـ **معونة أولي النهى في شرح المنتهى**، لابن النجار، (بيروت: دار خضر، ط١، ١٤١٥هـ).

١٤٩ ـ **معين الحكام على القضايا والأحكام**، لأبي إسحاق إبراهيم بن حسن ابن عبد الرفيع، (الناشر: دار الغرب الإسلامي).

١٥٠ ـ **المغني**، لعبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، ت: د. عبد الله التركي، وَ د. عبد الفتاح الحلو، (القاهرة: مطبعة هجر، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م).

١٥١ ـ **المقدمات الممهدات**، لابن رشد القرطبي، ت: د. محمد حجي، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٤٠٨هـ).

١٥٢ ـ **منح الجليل على مختصر سيدي خليل**، لمحمد عليش، (بيروت: دار الفكر، ط بدون، ١٤٠٩هـ).

١٥٣ ـ **المهذب**، للشيرازي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٤١٤هـ).

١٥٤ ـ **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، لمحمد بن أحمد الرملي، (بيروت: دار الفكر، ط الأخيرة، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م).

١٥٥ ـ **الوجيز**، لأبي حامد الغزالي، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٧٩م).

* رابعاً: كتب أصول الفقه وقواعده:

١٥٦ ـ **الإحكام في أصول الأحكام**، لعلي بن محمد الآمدي، تعليق: عبد الرزاق عفيفي، (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٢٠هـ).

١٥٧ ـ **إدرار الشروق على أنواء الفروق المعروفة بحاشية ابن الشاط**، لأبي القاسم الأنصاري، مطبوع مع الفروق للقرافي، (بيروت: دار عالم الكتب، ط بدون).

١٥٨ ـ **الاستغناء في الفروق والاستثناء**، لمحمد بن أبي سليمان البكري، ت: د. سعود بن مسعود الثبيتي، (مكة المكرمة: جامعة أم القرى، ط، ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م).

١٥٩ ـ **الأشباه والنظائر**، لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، (مكة المكرمة: مكتبة نزار الباز، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٦م).

١٦٠ ـ **الأشباه والنظائر**، لعبد الرحمٰن السيوطي، ت: محمد المعتصم بالله البغدادي، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٣م).

١٦١ ـ **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، لابن قيم الجوزية، ت: محمد محيي الدين عبد الحميد، (بيروت: المكتبة العصرية، ط بدون، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

١٦٢ ـ **البحر المحيط في أصول الفقه**، لمحمد بن بهادر الزركشي، قام بتحريره: د. عبد القادر أبو غدة، (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤١٣هـ ـ ١٩٢٢م).

١٦٣ ـ **تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية**، لمحمد علي حسين المالكي، مطبوع بهامش الفروق، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون).

١٦٤ ـ **السبب عند الأصوليين**، د. عبد العزيز الربيعة، (الرياض: مطابع جامعة الإمام، ط١، ١٣٩٩هـ ـ ١٩٨٠م).

١٦٥ ـ **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول**، لشهاب الدين، أحمد بن إدريس القرافي، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٣٩٣هـ ـ ١٩٧٣م).

١٦٦ ـ **شرح القواعد الفقهية**، لأحمد الزرقا، (دمشق: دار القلم، ط٣، ١٤١٤هـ).

١٦٧ ـ **شرح الكوكب المنير**، لمحمد بن أحمد الفتوحي، ت: د. محمد الزحيلي وَ د. نزيه حماد، (مكة المكرمة: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ط بدون، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م).

١٦٨ ـ **شرح مختصر الروضة**، لسليمان بن عبد القوي الطوفي، ت: د. عبد الله التركي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م).

١٦٩ ـ **شرح المجلة**، لسليم رستم باز اللبناني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٣).

١٧٠ ـ **الفروق**، لأحمد بن إدريس القرافي، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون).

١٧١ ـ **فصول البدائع في أصول الشرائع**، لمحمد بن حمزة الفناري، (مطبعة الشيخ يحيى أفندي، عام ١٢٨٩هـ).

١٧٢ ـ **قاعدة المشقة تجلب التيسير**، د. يعقوب الباحسين، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م).

١٧٣ ـ **قواعد الأحكام في إصلاح الأنام**، للعز بن عبد السلام، ت: د. نزيه حماد وَ د. عثمان ضميرية، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

١٧٤ ـ **القواعد**، لابن رجب، (دار الفكر، ط بدون).

١٧٥ ـ **القواعد النورانية**، لشيخ الإسلام ابن تيمية، ت: د. أحمد بن محمد الخليل، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٢هـ).

١٧٦ ـ **كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي**، تصحيح أحمد رامز ومعرفة: حلمي الريزوي، (طبع في مكتب الصنايع، ط بدون، ١٣٠٧هـ).

١٧٧ ـ **المستصفى**، لأبي حامد الغزالي، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).





١٧٨ ـ **معجم مصطلحات أصول الفقه**، د. قطب مصطفى سانو، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م).

١٧٩ ـ **مقاصد الشريعة الإسلامية**، لمحمد الطاهر ابن عاشور، (تونس: الشركة التونسية، للتوزيع، ط٣، ١٩٨٨م).

١٨٠ ـ **المنثور في القواعد**، لمحمد بن بهادر الزركشي، ت: د. تيسير فائق أحمد، (الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

١٨١ ـ **الموافقات**، للشاطبي، تِ: عبد الله دراز، (مكة المكرمة: توزيع عباس الباز، ط٢، ١٣٩٥هـ).

١٨٢ ـ **موسوعة القواعد الفقهية**، لمحمد صدقي البورنو، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ).

١٨٣ ـ **نشر العَرف في بناء الأحكام على العرف**، لابن عابدين، بحث ضمن كتاب رسائل ابن عابدين (ط بدون).

* خامساً: كتب فقهية معاصرة:

١٨٤ ـ **الإجارة الواردة على عمل الإنسان**، د. شرف علي الشريف، (نشر دار الشروق، ط١، ١٤٠٠هـ ـ ١٩٨٠م).

١٨٥ ـ **الأجوبة الشرعية في التطبيقات المصرفية**، د. عبد الستار أبو غدة، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط١، ١٤١٤هـ).

١٨٦ ـ **الاحتكار وآثاره في الفقه الإسلامي**، د. قحطان بن عبد الرحمٰن الدوري، (الأردن: دار الفرقان، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

١٨٧ ـ **أحكام استثمار الأراضي في الفقه والنظام**، لعلي بن محمد بن سعيد الحاج، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ.

١٨٨ ـ **أحكام السوق في الإسلام وأثرها في الاقتصاد الإسلامي**، د. أحمد بن يوسف الدريويش، (الرياض: دار عالم الكتب، ط، ١٤٠٩هـ).

١٨٩ ـ **أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي**، د. عبد الله الدرعان، (الرياض: مكتبة التوبة، ط١، ١٤١٥هـ).

١٩٠ ـ **أحكام العقود المالية المركبة في الفقه الإسلامي**، د. عبد الله بن محمد العمراني، وهي أطروحة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم الفقه في كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام ١٤٢٥هـ.



١٩١ ـ **أحكام المعاملات الشرعية**، لعلي الخفيف، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط١، ١٤١٧هـ).

١٩٢ ـ **أحكام الملكية في الفقه الاقتصادي الإسلامي**، د. محمد المدخلي، (الرياض: مكتبة الرشد، ط بدون).

١٩٣ ـ **أحكام المنفعة والانتفاع**، لعبد الله علي محمد، رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ مقدمة لقسم الفقه في كلية الشريعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢١هـ.

١٩٤ ـ **أحكام الوصايا والأوقاف**، لبدران أبو العينين بدران، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ط بدون، ١٩٨٢م).

١٩٥ ـ **أحكام عقود التأمين**، لعبد الله بن زيد آل محمود، بحث في مجموعة رسائل الشيخ عبد الله بن زيد آل محمود، (قطر: مطابع الدوحة الحديثة، ط٢، ١٤٠٦هـ).

١٩٦ ـ **الاسم التجاري ـ دراسة مقارنة**، إعداد: عبد الكريم بن محارب الزامل، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ في قسم السياسة الشريعة التابع للمعهد العالي، للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود بالرياض، عام: ١٤٢٣هـ.

١٩٧ ـ **الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامي**، د. أحمد الخليل، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٤هـ).

١٩٨ ـ **أسواق الأوراق المالية وآثارها الإنمائية في الاقتصاد الإسلامي**، د. أحمد محيي الدين أحمد، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

١٩٩ ـ **الأسواق المالية في ضوء مبادئ الإسلام**، د. معبد علي الجارحي، وهو بحث ضمن كتاب الإدارة المالية في الإسلام، (الأردن: مؤسسة آل البيت، ط بدون، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م).

٢٠٠ ـ **الاشتراط لمصلحة الغير في الفقه الإسلامي والقانون المقارن**، د. عباس حسني محمد، (جدة: مكتبات عكاظ، ط١، ١٤٠٤هـ).

٢٠١ ـ **أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي**، لمحمد شفيق العاني، (بغداد: مطبعة الإرشاد، ط٢، ١٣٨٤هـ).

٢٠٢ ـ **الإعلان المشروع والممنوع في الفقه الإسلامي**، د. مساعد بن قاسم الفالح، (الرياض: دار العاصمة، ط١، ١٤١٥هـ).

٢٠٣ ـ **الإعلانات من منظور إسلامي**، د. أحمد عيساوي، كتاب الأمة، العدد: ٧١، جمادى الأولى، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، ط١، ١٤٢٠هـ).



٢٠٤ ـ **الاقتصاد الإسلامي**، لعبد السميع المصري، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط٣، ١٤٠٣هـ).

٢٠٥ ـ **الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية**، د. محمد سليمان الأشقر، وهو بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤ ـ ٧ ذي القعدة ١٤١٠هـ، ٢٨ ـ ٣١ مايو/أيار ١٩٩٠م، (الكويت: الرمز للدعاية والإعلان، ط١، ١٤١٣هـ).

٢٠٦ ـ **الامتيازات الاتفاقية على الديون في حالة المقاصة والإفلاس من الوجهة الشرعية**، د. عبد الله محمد عبد الله، وهو بحث ضمن أعمال الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي، المنعقدة في الكويت ٤ ـ ٧ ذي القعدة ١٤١٠، ٢٨ ـ ٣١ مايو/أيار ١٩٩٠م، (الكويت: الرمز، للدعاية والإعلان، ط١، ١٤١٣هـ).

٢٠٧ ـ **الأموال المباحة وأحكام تملكها في الشريعة الإسلامية**، د. عبد الله عبد الرحمٰن الرشيد، (الرياض: شركة الطباعة العربية السعودية، ط١، ١٤٠٤هـ).

٢٠٨ ـ **إنشاء الالتزام في حقوق العباد**، د. حسن بن أحمد الغزالي، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م).

٢٠٩ ـ **الإيجاب والقبول بين الفقه والقانون**، لدبيان بن محمد الدبيان، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤٢٦هـ).

٢١٠ ـ **بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة**، د. علي محيي الدين علي القره داغي، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م).

٢١١ ـ **بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله**، د. فتحي الدريني، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٤هـ).

٢١٢ ـ **بطاقات الائتمان ـ حقيقتها البنكية التجارية وأحكامها الشرعية**، بكر بن عبد الله أبو زيد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

٢١٣ ـ **البطاقات البنكية الإقراضية والسحب المباشر من الرصيد**، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٩هـ).

٢١٤ ـ **بطاقات التخفيض ـ حقيقتها التجارية وأحكامها الشرعية ـ**، لبكر بن عبد الله أبو زيد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م).

٢١٥ ـ **حصانات وامتيازات الممثلين السياسيين في الفقه الإسلامي**، د. عبد المجيد بن علي ابن موسى البلوي، وهي أطروحة ـ غير منشورة ـ مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٢هـ.

٢١٦ ـ **حق الامتياز في الديون ـ دراسة مقارنة**، إعداد: محمد بن سليمان الجريوي، بحث ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء التابع لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض، عام: ١٤١٩هـ.

٢١٧ ـ **حق الملكية**، د. عبد المنعم الصدة، (مصر: مطبعة مصطفى الحلبي، ط٣، ١٩٦٧م).

٢١٨ ـ **الحق والذمة وتأثير الموت فيهما**، للشيخ علي الخفيف، (القاهرة: مكتبة عبد الله وهبة، ط بدون، ١٣٦٤هـ ـ ١٩٤٥م).

٢١٩ ـ **الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده**، د. فتحي الدريني، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م).

٢٢٠ ـ **حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامية**، لحسين بن معلوي الشهراني، (الرياض: دار طيبة للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢٥هـ).

٢٢١ ـ **الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي**، لمحمد ابن معجوز، (الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ط٢، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م).

٢٢٢ ـ **الحقوق المعنوية ـ حق الإبداع العلمي وحق الاسم التجاري طبيعتهما وحكم شرائهما**، د. محمد سعيد رمضان البويطي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م.

٢٢٣ ـ **الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري)**، إعداد: د. عجيل جاسم النشمي، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: الخامس، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٨م.

٢٢٤ ـ **الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي**، لخالد بن عبد الله المصلح، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٢٢٥ ـ **الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي**، د. يوسف بن عبد الله الشبيلي، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م).

٢٢٦ ـ **الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها**، د. علاء الدين زعتري، (دمشق: دار الكلم الطيب، ط١، ١٤٢٢هـ).

٢٢٧ ـ **الخصخصة ـ تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص في ضوء الشريعة الإسلامية ـ**، لمحمد صبري ابن أوانج، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ٢٠٠٠م).

٢٢٨ ـ **الخطابة**، لمحمد أبو زهرة، (دار الفكر، ط١).

٢٢٩ ـ **دراسات في أصول المداينات**، د. نزيه حماد، (الطائف: دار الفروق، ط١، ١٤١١هـ).

٢٣٠ ـ **دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة**، د. محمد مصطفى أبوه الشنقيطي، (المدينة النبوية: مكتبة العلوم والحكم، ط٢، ١٤٢٢ ـ ٢٠٠١م).

٢٣١ ـ **دراسة شرعية**، لبعض النوازل الفقهية المعاصرة، لأحمد بن ناصر بن سعيد، (مكة المكرمة: مكتبة سالم، ط١، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م).

٢٣٢ ـ **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام**، لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٢٣٣ ـ **الدولة ووظيفتها في الفقه السياسي الإسلامي، ـ دراسة مقارنة ـ**، د. عبد اللطيف الهميم، (عمَّان: دار عمار للنشر والتوزيع، ط، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م).

٢٣٤ ـ **الذمة والحق والالتزام وتأثيرها بالموت في الفقه الإسلامي**، د. المكاشفي طه الكباشي، (الرياض: مكتبة الحرمين، ط١، ١٤٠٩هـ ـ ١٩٨٩م).

٢٣٥ ـ **الربا في المعاملات المصرفية المعاصرة**، د. عبد الله بن محمد السعيدي، (الرياض: دار طيبة، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٢٣٦ ـ **السمعة التجارية وأحكامها في الفقه والنظام**، إعداد: عبد الواحد محمد المزروع، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسة الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢٢هـ.

٢٣٧ ـ **الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية**، لمحمود عبد الكريم أحمد إرشيد، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢١هـ).

٢٣٨ ـ **الشركات في الشريعة الإسلامية**، د. عبد العزيز الخياط، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٨هـ).



٢٣٩ ـ **الضرر في الفقه الإسلامي**، د. أحمد موافي، (الخبر: دار ابن عفان، ط١، ١٤١٨هـ).

٢٤٠ ـ **ضوابط العقد في الفقه الإسلامي**، د. عدنان التركماني، (مكتبة دار المطبوعات الحديثة، ط٢، ١٤١٣هـ).

٢٤١ ـ **المعدن والركاز في الشريعة الإسلامية**، د. يوسف بن عبد الهادي الشال، وهي أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، مطبوعة على الاستنسل.

٢٤٢ ـ **عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية**، د. عبد الوهاب أبو سليمان، (جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ط١، ١٤١٣هـ).

٢٤٣ ـ **عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ**، د. كاسب عبد الكريم البدران، (ط بدون).

٢٤٤ ـ **عقد المقاولة**، د. عبد الرحمٰن بن عايد العايد، (الرياض: مطبعة جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية، ط١، ١٤٢٥هـ).

٢٤٥ ـ **عقد المقاولة والتوريد في الفقه الإسلامي**، د. علي أبو البصل، (دبي: دار القلم، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٣م).

٢٤٦ ـ **العلامة التجارية وأحكامها في الفقه والنظام**، إعداد: منصور بن عبد العزيز المنصور، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ في قسم السياسية الشرعية التابع للمعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام ١٤٢٣هـ.

٢٤٧ ـ **الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة ـ**، د. الصديق محمد الأمين الضرير، (بيروت: دار الجيل، ط٢، ١٤١٠هـ).

٢٤٨ ـ **فصل القضية في المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية**، لمحمود محمد خطاب السبكي، (ط بدون، ١٣٣٠هـ).

٢٤٩ ـ **الفقه الإسلامي وأدلته**، د. وهبة الزحيلي، (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٢٥٠ ـ **فقه المعاملات**، د. محمد علي عثمان الفقي، (الرياض: دار المريخ، ط بدون، ١٤٠٦هـ).

٢٥١ ـ **الفقه المنهجي علي مذهب الإمام الشافعي**، د. مصطفى الخن ود. مصطفى البغا وأ. علي الشربجي، (دمشق: دار العلوم، ط١).



٢٥٢ ـ **فقه المواريث**، د. عبد الكريم بن محمد اللاحم، (الرياض: المكتب التعاوني للدعوة والإرشاد، ط١، ١٤١٣هـ).

٢٥٣ ـ **قرارات المجمع الفقهي الإسلامي التابع**، لرابطة العالم الإسلامي، (ط بدون).

٢٥٤ ـ **قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي**، (دمشق: دار القلم، ط٢، ١٤١٨هـ).

٢٥٥ ـ **قرارات وتوصيات ندوة البركة**، للاقتصاد الإسلامي، ١٤٠٣ ـ ١٩٨١م ـ ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠١م، جمع وتنسيق وفهرسة: د. عبد الستار أبو غدة وَ د. عز الدين محمد بن خوجة، (جدة: مجموعة دلة البركة، ط٦ للندوات العشرين، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م).

٢٥٦ ـ **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**، د. نزيه حماد، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م).

٢٥٧ ـ **مبدأ الرضا في العقود**، د. علي محيي الدين القره داغي، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط٢، ١٤٢٣هـ).

٢٥٨ ـ **مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد**، لأحمد بن عبد الله القاري، ت: د. عبد الوهاب أبو سليمان وَ د. محمد إبراهيم علي (جدة: مطبوعات تهامة، ط١، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م).

٢٥٩ ـ **المحاماة ـ تاريخها في النظم وموقف الشريعة الإسلامية منها ـ**، لمشهور حسن سلمان (ط٢، ١٤١٥هـ).

٢٦٠ ـ **المحاماة في ضوء الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، د. مسلم محمد اليوسف، (بيروت: مؤسسة الرياض، ط١، ١٤٢٢هـ).

٢٦١ ـ **المدخل الفقهي العام**، للأستاذ مصطفى الزرقا، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

٢٦٢ ـ **المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي**، للأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٢٦٣ ـ **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي**، د. محمد مصطفى شلبي، (بيروت: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٢٦٤ ـ **المدخل للفقه الإسلامي**، د. محمد سلام مدكور، (الكويت: دار الكتاب الحديث، ط بدون).

٢٦٥ ـ **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، لمحمد قدري باشا، (القاهرة: دار الآفاق الجديدة، ط بدون، ١٤٢٤هـ).

٢٦٦ ـ **المعاملات المالية المعاصرة**، د. وهبة الزحيلي، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م).

٢٦٧ ـ **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، د. محمد عثمان شبير، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٦م).

٢٦٨ ـ **المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية المدنية والتشريع الإسلامي**، لسيد عبد الله علي حسن، ت: د. محمد أحمد سراج وَ د. علي جمعة محمد، (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠١م).

٢٦٩ ـ **المقارنة التشريعية ـ تطبيق القانون المدني والجنائي على مذهب الإمام مالك**، لمخلوف ابن محمد البدوي المنياوي، ت: د. محمد أحمد سراج وَ د. علي جمعة محمد، (القاهرة: دار السلام، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٢٧٠ ـ **الملكية في الشريعة الإسلامية**، د. عبد السلام بن داوود العبادي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

٢٧١ ـ **ملكية الأرض في الشريعة الإسلامية**، د. محمد بن علي السميح، (ط١، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م).

٢٧٢ ـ **ملكية وسائل الإعلام وعلاقتها بالوظائف الإعلامية في ضوء الإسلام**، د. محمد عبد الله الخرعان، (الرياض: دار عالم الكتب، ط١، ١٤١٧هـ).

٢٧٣ ـ **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، لمحمد أبو زهرة، (القاهرة: دار الفكر العربي، ط بدون).

٢٧٤ ـ **مناقصات العقود الإدارية**، د. رفيق يونس المصري، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٠هـ).

٢٧٥ ـ **منظمة التجارة العالمية ـ دراسة مقارنة ـ**، إعداد: عبد الرحمٰن بن علي الجمعة، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام: ١٤٢١هـ.

٢٧٦ ـ **موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي**، لسعدي أبو حبيب، (دمشق: دار الفكر، ط٣، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م).

٢٧٧ ـ **الموسوعة الفقهية الكويتية**، (الكويت: ذات السلاسل، ط٢، ١٤٠٦هـ).

٢٧٨ ـ **الموسوعة الفقهية الميسرة**، د. محمد رواس قلعه جي، (بيروت: دار النفائس، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

٢٧٩ ـ **النجش والمزايدة والمناقصة والممارسة**، د. رفيق المصري، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٠هـ).

٢٨٠ ـ **نظام الإسلام ـ الاقتصاد، مبادئ وقواعد عامة**، لمحمد المبارك، (بيروت: دار الفكر، ط٢، ١٣٩٤هـ).

٢٨١ ـ **النظام الاقتصادي في الإسلام**، لأحمد العسال وفتحي أحمد، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط بدون).

٢٨٢ ـ **نظام المحاماة في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية مع دراسة، لنظام المحاماة الصادر في عام ١٤٢٢هـ**، د. محمد علي آل خُرَيِّف، (الرياض: كنوز أشبيليا، ط١، ١٤٢٥هـ).

٢٨٣ ـ **نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية**، د. عبد الناصر توفيق الطار، (القاهرة: مطبعة السعادة، ط بدون).

٢٨٤ ـ **نظرية الحق**، د. أحمد فهمي أبو سنة، بحث مطبوع بكتاب الفقه الإسلامي أساس التشريع، (القاهرة: المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، مطابع الأهرام التجارية، ١٩٧١م).

٢٨٥ ـ **نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنية والتجارية**، د. محمد نعيم ياسين، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ).

٢٨٦ ـ **نظرية الضرورة الشرعية**، د. وهبة الزحيلي، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م).

٢٨٧ ـ **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي المعاصر**، د. محمد فوزي فيض الله، (الكويت: مكتبة دار التراث، ط١، ١٤٠٦هـ).

٢٨٨ ـ **نظرية الضمان**، د. وهبة الزحيلي، (دمشق: دار الفكر، ط٢، ١٤١٨هـ).

٢٨٩ ـ **نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي**، د. عبد المنعم فَرَج الصدة، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، والكتاب الجامعي).

٢٩٠ ـ **نظرية العقد والإرادة المنفردة**، د. عبد الفتاح عبد الباقي، (ط ١٩٨٤م).

٢٩١ ـ **نظرية العقد والخيرات في الفقه الإسلامي**، د. عبد العزيز الخياط، (الأردن: المعهد العربي، للدراسات المالية والمصرفية، ط بدون، ١٩٩٤م).



* سادساً: كتب الاقتصاد:

٢٩٢ ـ **الاتجاه الجماعي في التشريع الاقتصادي الإسلامي**، د. محمد فاروق النبهان، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ قدمت إلى كلية دار العلوم جامعة الأزهر، مطبوعة على الآلة الكاتبة، ١٣٨٨هـ ـ ١٩٦٨م.

٢٩٣ ـ **أحكام الأسواق المالية**، د. محمد صبري هارون، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤١٩هـ).

٢٩٤ ـ **الاستثمار بالأسهم في السوق السعودية**، د. عيد مسعود الجهني، (مطابع الشريف، ط بدون).

٢٩٥ ـ **الإعلان**، د. محمود عليان المشوط، (دمشق: جامعة دمشق، ط١، ١٩٨٧م).

٢٩٦ ـ **البطاقات اللدائنية**، د. محمد بن سعود العصيمي، (الدمام: دار ابن الجوزي، ط١، ١٤٢٤هـ).

٢٩٧ ـ **بورصة الأوراق المالية**، لعلي شلبي، (مصر: مكتبة النهضة العربية، ط١، ١٩٦٢م).

٢٩٨ ـ **التوجه نحو الخصخصة في الاقتصاد السعودي**، لمدلين إلياس الربضي، (جدة: الدار السعودية، للنشر والتوزيع، ط١، ١٤٢١هـ).

٢٩٩ ـ **حق المؤلف ـ النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته ـ**، د. نواف كنعان، (الرياض: مطابع الفرزدق التجارية، ١٩٨٧م).

٣٠٠ ـ **حقيقة الإعلان**، د. محمد عمر الحاجي، (دمشق: دار المكتبي، ط١، ١٤٢٣هـ).

٣٠١ ـ **دراسة اقتصادية**، للإقطاع في الإسلام، لمحمد بن علي الغامدي، رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ مقدمة لقسم الاقتصاد الإسلامي بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، عام: ١٤١١هـ.

٣٠٢ ـ **سوق الأوراق المالية**، د. عطية فياض، (القاهرة: دار النشر للجامعات، ط١، ١٤١٨هـ).

٣٠٣ ـ **العقود الإدارية مع دراسة خاصة**، لنظام تأمين مشتريات الحكومة وعقود التوظيف واستغلال الثروات الطبيعية مع المملكة العربية السعودية، د. محمود عاطف البنا، (دار العلوم، للطباعة والنشر، ١٤٠٥هـ).

٣٠٤ ـ **المبادئ الأولية**، لحق المؤلف، منشورات منظمة اليونسكو باللغة العربية، عام ١٩٨١م.

٣٠٥ ـ **مدى مسؤولية المضارب والشريك من الخسارة**، د. علي محيي الدين علي القره داغي، بحث منشور ضمن كتابه (بحوث في الاقتصاد الإسلامي)، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، ط١، ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م).

٣٠٦ ـ **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، د. عبد الرزاق السنهوري، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط بدون).

٣٠٧ ـ **الموسوعة الاقتصادية**، د. راشد البراوي (القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، ط٢، ١٤٠٧هـ).

٣٠٨ ـ نص حكم هيئة التحكيم بين المملكة العربية السعودية وشركة الزيت العربية الأمريكية، (أرامكو)، الصادر في ٨ صفر ١٣٧٨هـ الموافق ٢٣ أغسطس/آب ١٩٥٨م، منشور في كتيب.

٣٠٩ ـ **نظام البترول**، د. عمر بن أبي بكر باخشب، (جدة: دار حافظ، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

* سابعاً: كتب القانون:

٣١٠ ـ **آثار الامتياز في القواعد العامة وفي المملكة العربية السعودية**، لإبراهيم بن عبد العزيز الطريف، وهو بحث ـ غير منشور ـ مقدم للحصول على دبلوم دراسات الأنظمة من معهد الإدارة بالرياض، عام: ١٤٠٦هـ.

٣١١ ـ **أحكام الضمان العيني والشخصي**، د. السيد عيد نايل، (الرياض: جامعة الملك سعود، ط بدون، ١٤١٩هـ).

٣١٢ ـ **أساليب التعامل الإداري بين النظرية والتطبيق ـ دراسة مقارنة ـ**، د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، (ط بدون، ١٩٩٤م).

٣١٣ ـ **الأسس العامة للعقود الإدارية ـ دراسة مقارنة ـ**، د. سليمان محمد الطماوي، (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، ط٤، ١٩٨٤م).

٣١٤ ـ **الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية ـ البوت في القانون المصري**، د. محمد محمد بدران، بحث مقدم لمركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية، أكتوبر/تشرين الأول، عام ٢٠٠١م.

٣١٥ ـ **إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام B.O.T)** أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.O.T، لمحمد بهجت قايد، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون).

٣١٦ ـ **الامتياز التجاري**، د. محمد بن دليم القحطاني، (الأحساء: مطبعة الأحساء الحديثة، ط١، ١٤٢٤هـ).

٣١٧ ـ **التأمينات العينية ـ دراسة تحليلية مقارنة لأحكام الرهن والتأمين والامتياز**، للقاضي حسين عبد اللطيف حمدان، (ط١، ١٩٨٠م).

٣١٨ ـ **الحقوق العينية التبعية**، د. محمد وحيد الدين سوار، (عمَّان: مكتبة دار الثقافة، ط بدون، ١٩٩٨).

٣١٩ ـ **دراسات في نظرية العقد الإداري**، د. عزيزة الشريف، (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، الناشر دار النهضة العربية، ١٩٨١م).

٣٢٠ ـ **دراسة حول توحيد أنظمة التجارة في دول مجلس التعاون الخليجي ـ الشركات والوكالات التجارية**، د. حمزة علي مدني وَ د. سعيد علي يحيى، (جدة: مركز النشر العلمي، ط بدون، ١٩٨٨م).

٣٢١ ـ **دروس في القانون الإداري**، د. عبد الفتاح حسن، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ط١، ١٣٩٤م).

٣٢٢ ـ **دروس في القانون التجاري السعودي**، د: أكثم الخولي، (الرياض: معهد الإدارة العامة، ١٣٩٤م).

٣٢٣ ـ **سلطة الدولة في الرقابة على شركات الامتياز**، للأستاذ. سعد علَّام، بحث مقدم لمؤتمر البترول العربي الرابع، (الرياض: مطابع الجزيرة، ١٩٦٣م).

٣٢٤ ـ **شرح العقود التجارية**، د. سميحة القليوبي، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٩٨٧م).

٣٢٥ ـ **الشركات**، لعلي حسن يونس، (دار الفكر العربي، ط بدون).

٣٢٦ ـ **الشركات التجارية**، د. محمد بابللي، (المؤسسة العلمية للوسائل التعليمية، ط بدون).

٣٢٧ ـ **شركات المساهمة**، د. أبو زيد رضوان، (دار الفكر العربي، ط بدون).

٣٢٨ ـ **الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ـ دراسة مقارنة ـ**، د. علي محمد علي متولي، (القاهرة: ط بدون، ١٩٩١م).

٣٢٩ ـ **العقد الإداري**، د. محمود حلمي، (مطبعة دار الفكر، ط٢، ١٩٧٠م).

٣٣٠ ـ **العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا**، لسمير صادق، (مصر: مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط بدون).

٣٣١ ـ **عقد الامتياز ـ دراسة مقارنة ـ**، إعداد: خالد بن محمد الزومان، بحث تكميلي ـ غير منشور ـ مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم السياسة الشرعية في المعهد العالي للقضاء في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، عام ١٤٢٣هـ.





٣٣٢ ـ **عقد الامتياز التجاري**، د. ماجد عمار، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ١٩٩٢م).

٣٣٣ ـ **عقد الامتياز التجاري**، لعبد الرحمٰن بن محمد القنيطر، وهو بحث ـ غير منشور ـ مقدم لإكمال متطلبات التخرج لدبلوم دراسات الأنظمة في معهد الإدارة العامة بالرياض عام: ١٤١٥هـ.

٣٣٤ ـ **العقد التجاري الدولي العقود النفطية**، د. غسان رباح، (بيروت: دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨٨م).

٣٣٥ ـ **عقد الترخيص التجاري**، د. فايز نعيم رضوان، (القاهرة: مطبعة الحسين الإسلامية، ط١، ١٤١١هـ).

٣٣٦ ـ **عقد الترخيص الصناعي**، د. ماجد عمار، رسالة دكتوراه ـ غير منشورة ـ جامعة القاهرة ـ كلية الحقوق، عام: ١٩٧٩م.

٣٣٧ ـ **عقد المحاماة في القانون الكويتي والقانون المقارن**، د. فايز الكندري، (الكويت: جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٩م).

٣٣٨ ـ **العقود الإدارية ـ النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ـ**، د. إبراهيم طه الفياض، (الكويت: مكتبة الفلاح، ط١، ١٤٠١هـ).

٣٣٩ ـ **العقود الإدارية ـ دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات ـ**، لأنس جعفر، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ٢٠٠٢م).

٣٤٠ ـ **العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن**، د. مازن ليو راضي، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ط بدون، ٢٠٠٢م).

٣٤١ ـ **عقود البوت B.O.T** وتكييفها القانوني، للمستشار. محمود محمد فهمي، بحث ضمن كتاب مشروعات البوت، تحرير: د. حمدي عبد العظيم، (أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ط بدون، ٢٠٠١م).

٣٤٢ ـ **عقود البوت التجارية الدولية في نقل التكنولوجيا**، د. محمود الكيلاني، (جامعة القاهرة: ١٩٨٨م).

٣٤٣ ـ **العقود التجارية**، د. علي حسن يونس، (مصر: دار الفكر العربي، ١٩٧٠م).

٣٤٤ ـ **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية**، د. محمد حسن الجبر، (الرياض: النشر العلمي والمطابع في جامعة الملك سعود، ط٢، ١٤١٨هـ).

٣٤٥ ـ **القانون الإداري**، لزهدي يكن، (بيروت: سنة ١٩٦٦م).




٣٤٦ ـ **القانون الإداري**، ماجد راغب الحلو، (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٣م).

٣٤٧ ـ **القانون التجاري**، د. علي حسن يونس، (مصر: دار الحمامي، ط بدون).

٣٤٨ ـ **القانون التجاري السعودي**، د. محمد حسن الجبر، (الرياض: جامعة الملك سعود، ط١، ١٤٠٢هـ).

٣٤٩ ـ **قانون الثروة الناضبة ـ بترول الشرق الأوسط**، د. محمد بن عبد اللطيف آل ملحم، (الرياض: مطابع الفرزدق، ط١، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م).

٣٥٠ ـ **قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني**، د. وهبة الزحيلي، (دمشق: دار الفكر، ط بدون).

٣٥١ ـ **قانون النفط**، د. أحمد عبد الحميد عشوش، (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ط بدون، ١٩٨٩م).

٣٥٢ ـ **القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية)**، د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط، ١٩٩٦م).

٣٥٣ ـ **القواعد القانونية السعودية والدولية لعقود المقاولات والتوريد**، للمستشار: أحمد منير فهمي، (مرامر للطباعة الإلكترونية، ط بدون).

٣٥٤ ـ **القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية**، لعبد الله الوهيبي، (الرياض: مطابع الحميضي، ط١، ١٤٢٢هـ).

٣٥٥ ـ **المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية**، د. صالح بن عبد الله بن عطاف العوفي، (الرياض: مركز البحوث والدراسات الإدارية في معهد الإدارة، ١٤١٨هـ).

٣٥٦ ـ **محاضرات في الحقوق العينية الأصلية**، د. سعيد عبد الكريم مبارك، (البصرة: دار الطباعة الحديثة، ط١، ١٩٦٩م ـ ١٩٧٠م).

٣٥٧ ـ **مشروعات البوت** (B.O.T وأخواتها) ـ الجوانب القانونية والاقتصادية بقلم نخبة من الخبراء وأساتذة الجامعات، تحرير: الأستاذ الدكتور حمدي عبد العظيم، (أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ـ مركز البحوث، ط بدون، ٢٠٠١م).

٣٥٨ ـ **مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية**، د. أحمد عثمان عياد، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٣م).

٣٥٩ ـ **الملكية التجارية والصناعية في الأنظمة السعودية**، د. ثروت عبد الرحيم، (الرياض: جامعة الملك سعود، ط١، ١٤٠٧هـ).

٣٦٠ ـ **موجز مبادئ القانون الإداري**، د. محمود حلمي، (نشر دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٧م).

٣٦١ ـ **النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية**، لخالد بن محمد عبد الله العطية، رسالة ماجستير ـ غير منشورة ـ، كلية الحقوق ـ جامعة الازهر.

٣٦٢ ـ **النظام القانوني**، لمشروعات البوت B.O.T ـ البناء ـ التشغيل ـ نقل الملكية، د. صالح بكر الطيار، (بيروت: مركز الدراسات العربي ـ الأوروبي، ط١، ٢٠٠٠م).

٣٦٣ ـ **نظام الوكالات التجارية السعودي**، لعبد الله مرعي وأحمد موسى الحفناوي، (القاهرة: مطابع الدار الهندسية، ط بدون، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م).

٣٦٤ ـ **النظرية العامة للقانون ـ القاعدة القانونية، الحق**، د. مصطفى الجمال ود. نبيل إبراهيم سعد، (بيروت: منشورات الحلبي، ط١، ٢٠٠٢م).

٣٦٥ ـ **الوجيز في الحقوق الإدارية**، د. عدنان العجلان، (دمشق: دار الفكر، ط١، ١٣٧٩هـ).

٣٦٦ ـ **الوجيز في العقود الإدارية**، د. جابر جاد نصار، (القاهرة: دار النهضة العربية، ط بدون، ٢٠٠٠م).

٣٦٧ ـ **الوجيز في القانون الإداري ـ الجزء الأول: نظرية المرافق العامة**، لمصطفى أبو زيد فهمي، (مؤسسة المطبوعات الحديثة، ط١، ١٩٥٧م).

٣٦٨ ـ **الوجيز في القانون الإداري**، د. سليمان الطماوي، (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، ط بدون، ١٩٨٢م).

٣٦٩ ـ **الوجيز في النظم الإدارية**، لمحمد طه بدوي ومحمد طلعت الغنيمي، القاهرة: دار المعارف، ط بدون).

٣٧٠ ـ **وسائل تعاقد الإدارة ـ المناقصات والمزايدات والممارسة ـ**، لحسين درويش، (مكتبة الأنجلو المصرية، ط٢، ١٩٦٥م).

٣٧١ ـ **الوسيط في التأمينات العينية**، لعبد الفتاح عبد الباقي، (ط١، ١٩٥٦م).

٣٧٢ ـ **الوسيط في الشركات**، د. علي حسين يونس، (دار الفكر العربي، ط بدون).

٣٧٣ ـ **الوسيط في شرح القانون المدني**، د. عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٠م).

٣٧٤ ـ **الوسيط في شرح نظامي العمل والتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية**، د. السيد عيد نايل، (الرياض: مطابع جامعة الملك سعود، ط٢، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

٣٧٥ ـ **الوكالة بالعمولة**، لعبد الرحمٰن إبراهيم المهيدب، (الرياض: معهد الإدارة، ١٩٩٣هـ).

٣٧٦ ـ **الوكالات التجارية في الفقه والنظام**، د. عبد المحسن بن عبد الله الزكري، (المملكة العربية السعودية، دار الندوة العالمية، ط١، ١٤٢٣هـ).

* ثامناً: كتب اللغة والغريب والمصطلحات الفقهية:

٣٧٧ ـ **أساس البلاغة**، لجار الله محمود بن عمر الزمخشري، ت: عبد الرحيم محمود، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

٣٧٨ ـ **تاج العروس من جواهر القاموس**، لمحمد مرتضى الزبيدي، ت: علي شيري، (بيروت: دار الفكر، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م).

٣٧٩ ـ **تحرير ألفاظ التنبيه**، للنووي، ت: عبد الغني الدقر، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤٠٨هـ).

٣٨٠ ـ **الدر النقي في شرح ألفاظ الخرقي**، لابن المبرد، ت: د. رضوان غربية، (الخبر: دار المجتمع، ط١، ١٤١١هـ).

٣٨١ ـ **دليل المصطلحات الفقهية والاقتصادية**، لبيت التمويل الكويتي، (الكويت: مطابع دار الصفوة، ط١، ١٤١٢هـ ـ ١٩٩٢م).

٣٨٢ ـ **شرح حدود ابن عرفة، الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية)**، لأبي عبد الله بن محمد الأنصاري الرصاع، ت: محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط، ١٩٩٣م).

٣٨٣ ـ **الصحاح**، لإسماعيل بن حماد الجوهري، ت: أحمد عبد الغفور عطار، (بيروت: دار العلم للملايين، ط٣، ١٤٠٤هـ ـ ١٩٨٤م).

٣٨٤ ـ **طلبة الطلبة**، للنفسي، تعليق: محمد حسن الشافعي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ).

٣٨٥ ـ **كتاب الأمكنة والمياه والجبال والآثار ونحوها المذكورة في الأخبار والأشعار**، لأبي الفتح الإسكندري، أعده للنشر: حمد الجاسر، (الرياض: مركز الملك فيصل، ط١، ١٤٢٥هـ).





٣٨٦ ـ **كشاف اصطلاحات الفنون**، لمحمد بن علي التهانوي، وضع حواشيه: أحمد حسن بسج، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

٣٨٧ ـ **لسان العرب**، لمحمد بن مكرم بن منظور، (دار المعارف، ط بدون).

٣٨٨ ـ **مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل ولطائف الأخبار**، لمحمد طاهر الفتني الهندي، (القاهرة: دار الكتاب العربي، ط٢، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م).

٣٨٩ ـ **المختصر في المسميات والمصطلحات التاريخية والجغرافية**، إعداد: إبراهيم بن يوسف الأقصم، (جدة: دار المجتمع، ط، ١٤٢٢هـ).

٣٩٠ ـ **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، لأحمد بن محمد الفيومي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٣٩١ ـ **المعالم الأثيرة في السنة والسيرة**، د. محمد محمد حسن شُرَّاب، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١١هـ).

٣٩٢ ـ **معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء**، د. نزيه حماد، (الرياض: الدار العالمية للكتاب الإسلامي والمعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط٣، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

٣٩٣ ـ **معجم المصطلحات الاقتصادية والإسلامية**، لعلي بن محمد الجمعة، (الرياض: مكتبة العبيكان، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م).

٣٩٤ ـ **معجم المصطلحات القانونية ـ عربي، فرنسي، إنجليزي ـ**، لعبد الواحد كرم، (بيروت: عالم الكتب، ط١، ١٩٨٧م).

٣٩٥ ـ **المعجم الوسيط**، قام بإخراجه: د. إبراهيم أنيس ود. عبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد (إستانبول: المكتبة الإسلامية، ط بدون).

٣٩٦ ـ **معجم مصطلحات الإدارة**، لإبراهيم بدر شهاب، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

٣٩٧ ـ **معجم المصطلحات الاقتصادية والمال وإدارة الأعمال**، للمحامي نبيه غطاس، (مكتبة لبنان، ط١، ١٩٨٠م).

٣٩٨ ـ **معجم مقاييس اللغة**، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، ت: عبد السلام محمد هارون، (بيروت: دار الجيل، ط١، ١٤١١هـ ـ ١٩٩١م).

٣٩٩ ـ **المغرب في ترتيب المعرب**، للمطرزي، ت: محمود فاخوري وعبد الحميد مختار، (حلب: مكتبة دار الاستقامة، ط١، ١٣٩٩هـ).

٤٠٠ ـ **المفردات في غريب القرآن**، لأبي القاسم الحسين بن محمد الراغب الأصفهاني، ت: محمد سيد كيلاني، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

٤٠١ ـ **النظم المستعذب في تفسير غريب ألفاظ المهذب**، لبطال بن أحمد الركبي، ت: د. مصطفى عبد الحفيظ سالم، (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، ط١، ١٤٠٨هـ).

٤٠٢ ـ **النهاية في غريب الحديث والأثر**، لمجد الدين الموصلي، ت: طاهر الزاوي ومحمود الطناحي، (مكة المكرمة: دار الباز، ط بدون).

* تاسعاً: كتب التراجم وأسماء المؤلفين:

٤٠٣ ـ **أبجد العلوم**، لصديق حسن خان القنوجي، أعده للطبع: عبد الجبار زكار، (دمشق: منشورات وزارة الثقافة والإرشاد القومي، ط بدون).

٤٠٤ ـ **أخبار القضاة**، لوكيع بن الجراح، (بيروت: عالم الكتب، ط بدون).

٤٠٥ ـ **الاستيعاب في معرفة الأصحاب**، لابن عبد البر، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٥م).

٤٠٦ ـ **أسد الغابة في معرفة الصحابة**، لعز الدين علي الجزري، ت: علي معوض وَ عادل عبد الموجود، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤٠٧ ـ **الإصابة في تمييز الصحابة**، لابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤٠٨ ـ **إنباء الغمر بأبناء العمر**، لابن حجر العسقلاني، بمراقبة: د. محمد عبد المعيد خان، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط٢، ١٤٠٦هـ).

٤٠٩ ـ **البداية والنهاية**، لابن كثير، ت: د. عبد الله التركي، (مصر: دار هجر، ط: ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م).

٤١٠ ـ **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع**، لمحمد بن علي الشوكاني، (القاهرة: مكتبة ابن تيمية، ط بدون).

٤١١ ـ **تاريخ الدولة العلية العثمانية**، لمحمد فريد بك، ت: د. إحسان حقي، (دار النفائس، ط بدون).

٤١٢ ـ **تاريخ بغداد**، للخطيب البغدادي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤١٣ ـ **تاريخ علماء الأندلس**، لابن الفرضي أبي الوليد عبد الله بن محمد الأزدي (ط مجريط، ١٨٩٢م).

٤١٤ ـ **تتمة الأعلام**، للزركلي، إعداد، محمد خير رمضان يوسف (بيروت: دار ابن حزم، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٨م).

٤١٥ ـ **تذكرة الحفاظ**، للذهبي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤١٦ ـ **ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك**، للقاضي عياض، ت: عبد القادر الصحراوي، (المغرب، ط بدون).

٤١٧ ـ **تهذيب التهذيب**، لابن حجر العسقلاني، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤١٣هـ).

٤١٨ ـ **تهذيب الكمال في أسماء الرجال**، للمزي، ت: د. بشار عواد، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٣، ١٤٠٨هـ).

٤١٩ ـ **الجواهر المضية في طبقات الحنفية**، لأبي الوفاء القرشي، ت: د. عبد الفتاح الحلو، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٤١٣هـ).

٤٢٠ ـ **الجوهر المنضد في طبقات متأخري أصحاب أحمد**، لابن المِبْرد يوسف بن عبد الهادي، ت: د. عبد الرحمٰن العثيمين، (القاهرة: مكتبة الخانجي، ط١، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٧م).

٤٢١ ـ **حلية الأولياء وطبقات الأصفياء**، لأبي نعيم الأصفهاني، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٩هـ).

٤٢٢ ـ **الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**، لأبي الفضل أحمد بن حجر العسقلاني، (ط بدون).

٤٢٣ ـ **الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب**، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن فرحون، ت: د. محمد الأحمدي أبو النور، (القاهرة: دار التراث، ط بدون).

٤٢٤ ـ **الذيل على طبقات الحنابلة**، لابن رجب، (بيروت: دار المعرفة، ط بدون).

٤٢٥ ـ **سير أعلام النبلاء**، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرين، (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط٤، ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م).

٤٢٦ ـ **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**، لمحمد مخلوف، (بيروت: دار الفكر، ط بدون).

٤٢٧ ـ **شخصيات، وأفكار**، بقلم: مجد بن أحمد مكي، إعداد: مركز الراية للتنمية الفكرية، (دمشق: مركز الراية، ط١، ١٤٢٥هـ).

٤٢٨ ـ **شذارت الذهب في أخبار من ذهب**، لعبد الحي بن أحمد بن العماد، ت: محمود الأرناؤوط، (دمشق: دار ابن كثير، ط١، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٣م).

٤٢٩ ـ **طبقات الحفاظ**، لجلال الدين السيوطي، ت: علي محمد عمر، (القاهرة: مكتبة وهبة، ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م).

٤٣٠ ـ **طبقات الشافعية الكبرى**، للسبكي، ت: د. محمود الطناحي وَ د. عبد الفتاح الحلو، (مصر: دار هجر، ط٢، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م).

٤٣١ ـ **الطبقات الكبرى**، لابن سعد، ت: محمد عبد القادر عطا، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م).

٤٣٢ ـ **العبر في خبر من غبر**، للذهبي، ت: أبو هاجر محمد السعيد زغلول، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤٣٣ ـ **علماء ومفكرون عرفتهم**، لمحمد المجذوب، (الرياض: دار الشواف، للنشر والتوزيع، المطبعة الفنية، القاهرة، ط٤، ١٩٩٢م).

٤٣٤ ـ **الفوائد البهية في تراجم الحنفية**، لعبد الحي اللكنوي، ت: محمد بدر الدين النعماني، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، ط بدون).

٤٣٥ ـ **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة**، للغزي، ت: جبرائيل سليمان جبور، (بيروت: دار الآفاق الجديدة، ط١، ١٩٧٩م).

٤٣٦ ـ **لحظ الألحاظ بذيل طبقات الحفاظ**، لتقي الدين محمد بن محمد ابن فهد الهاشمي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤٣٧ ـ **المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد**، لإبراهيم بن محمد بن مفلح، ت: د. عبد الرحمن العثيمين، (الرياض: مكتبة الرشد، ط١، ١٤١٠هـ ـ ١٩٩٠م).

٤٣٨ ـ **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**، لأحمد بن أحمد بابا التنبكتي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).

٤٣٩ ـ **نيل الوطر من تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر**، لمحمد بن يحيى زبارة اليمني الصنعاني، (ط بدون).

٤٤٠ ـ **هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين**، لإسماعيل باشا البغدادي، (ط بدون).

٤٤١ ـ **الوافي بالوفيات**، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، باعتناء: س. ديد رينغ، (بيروت: دار صادر، ط بدون).

٤٤٢ ـ **وفيات الأعيان وأنباء الزمان**، لأحمد بن خلكان، ت: إحسان عباس، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط بدون).



* عاشراً: المجلات والنشرات والمنوعات:

٤٤٣ ـ **الإجراءات الواجب اتخاذها والتعديلات المقترحة على الأنظمة واللوائح، لتحسين بيئة الاستثمارات البلدية المحلية** ـ ورقة عمل مقدمة من الهيئة العامة للاستثمار في ندوة الاستثمارات البلدية وسبل تطويرها ٦ ـ ٨ شعبان ١٤٢٣هـ، د. سالم بن سعيد القحطاني، (الرياض: مركز الملك فهد الثقافي).

٤٤٤ ـ **إحياء علوم الدين**، لأبي حامد الغزالي، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٠٦هـ).

٤٤٥ ـ **الإصلاح التشريعي**، لعبد العزيز بن محمد القاسم، مقال في مجلة البيان، العدد: ١٦٢، (لندن: عام ١٤٢٤هـ).

٤٤٦ ـ **الإغراب في أحكام الكلاب**، لجمال الدين ابن المَبْرد الحنبلي، ت: د. عبد الله الطيار وَ د. عبد العزيز الحجيلان، (الرياض: دار الوطن، ط١، ١٤١٧هـ).

٤٤٧ ـ **أمان الرسل في الشريعة الإسلامية**، د. الدين الجيلاني محمد بو زيد، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٨، السنة الخامسة عشرة ـ محرم ـ صفر ـ ربيع أول ـ ١٤٢٤هـ.

٤٤٨ ـ **الامتياز التجاري**، د. محمد حسن الجبر، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، المجلد: الحادي عشر، العدد الأول، (الرياض: الناشر عمادة شؤون المكتبات بجامعة الملك سعود، ١٩٨٦م).

٤٤٩ ـ **بدائع الفوائد**، لابن القيم، (بيروت: دار الكتاب العربي، ط بدون).

٤٥٠ ـ **بطاقات الائتمان بالبنوك السعودية**، د. وديع أحمد فاضل كابلي، بحث في مجلة عالم الاقتصاد، السنة الرابعة، العدد: ٤٣، (جدة: أغسطس/آب، ١٩٩٥م).

٤٥١ ـ **التصنيف الموضوعي**، لتعاميم وزارة العدل، (خلال ٦٨ عاماً)، ١٣٤٥هـ ـ ١٤١٢هـ، أعدته لجنة متخصصة بالوزارة، (الرياض: وكالة الفرزدق للدعاية والإعلان، ط١، ١٤١٣هـ).

٤٥٢ ـ **التكييف الشرعي**، لبطاقة الائتمان، د. نواف عبد الله باتوبارة، بحث مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٣٧، شوال ـ ذو القعدة ـ ذو الحجة ـ ١٤١٨هـ.

٤٥٣ ـ **حكم استرداد المبيع عند الإفلاس في الفقه الإسلامي**، د. عدلان بن غازي الشمراني، بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، العدد: ٣٩، رجب ـ ١٤٢٣هـ، والعدد: ٤٠، شوال ـ ١٤٢٣هـ.

٤٥٤ ـ **عقد الالتزام**، السيد قاسم، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ـ جامعة القاهرة، العدد: ٥٤، عام ١٩٨٤م.

٤٥٥ ـ **عقد الامتياز ـ دراسة تأصيلية للعقود النفطية ـ (دراسة مقارنة)**، د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، بحث في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، العدد: ٥٥، السنة الرابعة عشر، الرياض: ١٤٢٤هـ.

٤٥٦ ـ **عقد التوريد ـ دراسة فقهية تحليلية ـ**، د. عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، بحث في مجلة المجمع الفقهي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد: الثاني عشر. الجزء الثاني.

٤٥٧ ـ **عقد التوريد ـ دراسة شرعية ـ**، د. عبد الله بن محمد المطلق بحث في مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد: ١٠، جمادى الآخرة، ١٤١٤هـ ـ ديسمبر/كانون أول ١٩٩٣م.

٤٥٨ ـ **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، د. نزيه حماد، بحث في مجلة العدل، العدد: ٢٤ ـ شوال ـ ١٤٢٥هـ ـ السنة السادسة.

٤٥٩ ـ **عقود جديدة**، د. وهبة الزحيلي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون ـ كلية الشريعة، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد: الثاني، رمضان ـ ١٤٠٨هـ ـ ١٩٨٨م.

٤٦٠ ـ **الفوائد العذاب فيما جاء في الكلاب**، لإحسان بن محمد العتيبي، (الأردن: دار النفائس، ط١، ١٤٢٢هـ).

٤٦١ ـ **مجلة البحوث الفقهية المعاصرة**، العدد: ٣١ ـ السنة الثامنة ـ ربيع الآخر ـ جمادى الأولى ـ جمادى الآخر ـ ١٤١٧هـ، العدد: ٥٥.

٤٦٢ ـ **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد الخامس. الجزء الثالث، العدد السابع. الجزء الأول، العدد الثامن. الجزء الثاني، والعدد الثاني عشر. الجزء الثاني.

٤٦٣ ـ **مجموعة الرسائل والمسائل النجدية**، لبعض علماء نجد، (الرياض: دار العاصمة، ط٢، ١٤١٢هـ).





٤٦٤ ـ **معالجة قانونية لحقوق الامتياز**، لأحمد منير فهمي، مقال في مجلة تجارة الرياض، العدد ٤٢٤، السنة الثامنة والثلاثون، يناير/كانون الثاني ١٩٩٨، رمضان: ١٤١٨هـ.

٤٦٥ ـ **مقدمة في العقود الإدارية**، لمطلب بن عبد الله النفيسة، بحث في مجلة معهد الإدارة العامة، (الرياض: معهد الإدارة العامة، العدد الخامس، رمضان، عام ١٣٨٦هـ.

* حادي عشر: المقالات في الشبكة العنكبوتية (الإنترنت):

٤٦٦ ـ **دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة B.O.T**، د. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، نافذة مؤتمرات.

٤٦٧ ـ **مشاريع البناء ـ التشغيل ـ إعادة الملكية B.O.T والتجربة المبكرة لشركة الرياض للتعمير**، د. خالد بن عبد الله الدغيثر، مدير عام شركة الرياض للتعمير، ندوة تمويل وتوفير المرافق العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٢هـ.

٤٦٨ ـ **موقع مجموعة المتسابق السعودي الدولية**: www.srg-sa.com

٤٦٩ ـ **موقع وسائل تهامة**: www.tihama.outdoor media.com بواسطة الرابط جوجل.

٤٧٠ ـ **نظام البناء والتشغيل والنقل (البوت) العودة إلى المستقبل**، د. محمد غازي الجلالي، مقال في الموقع العربي الأول المتخصص بالبناء: www.buildexonline.com، بواسطة الرابط جوجل.

٤٧١ ـ **النظام القانوني، لمشروعات B.O.T وأهميتها للتنمية الاقتصادية**، د. محيي الدين علي عشماوي، المستشار القانوني لوزير الدولة للشؤون الخارجية في دولة مصر العربية، مقال في جريدة الأهرام الإلكترونية: www.ahram.org.eg/arab

٤٧٢ ـ **وحدة الفرانشايز**، مقال في: www.Sedo.org بواسطة الرابط جوجل.



فهرس الموضوعات

الموضوع الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع — الصفحة



الموضوع — الصفحة



الموضوع الصفحة

الموضوع الصفحة



الموضوع | الصفحة



الموضوع الصفحة






دار ابن الجوزي 8428146
134371


الجديد
NEW & EXCLUSIVE